Wettbewerbsverstöße durch Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen

Georg Graf von Schall-Riaucour

1968

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545804_0114

Wettbewerbsverstöße durch Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Georg Graf von Schall-Riaucour

München 1968

LEIDIG-Druck, 8 München-2, Dachauerstr. 46/I, Tel. 59 21 24

Referent: Professor Dr. jur., Dr. jur. h. c. Eugen ULMER
Korreferent: Professor Dr. jur. Friedrich-Karl BEIER
Tag der mündlichen Prüfung: 28. Februar 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

GLIEDERUNG

		Seite
I.	Einführung, Stellung und Abgrenzung des Problems	1
II.	Bestimmung der verwendeten Begriffe	5
III.	Die Anwendungsvoraussetzungen für § 1 UWG	7
	1) Das Wettbewerbsverhältnis	7
	2) Die Wettbewerbshandlung	8
	3) Die "guten Sitten" als Beurteilungsmaßstab	11
	4) Der subjektive Tatbestand des Wettbewerbsverstoßes	20
	5) Das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen	21
IV.	Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Problems	23
V.	Darstellung der herrschenden Meinung	31
	1) Der Verstoß gegen eine außerwettbewerbsrechtliche Norm	31
	a) Der Gleichheitsgrundsatz: par condicio concurrentium	31
	b) Konkurrenz der verletzten Normen und vorausgehender Gesetzesverstoß	32
	c) Die verletzte Norm ist Ausdruck sittlicher Wertung	34
	d) Die verletzte Norm ist Ausdruck ordnender Zweckmäßigkeit	39
	e) Einzelfragen	43
	(1) Die Verletzung von unmittelbar wettbewerbsregelnden Normen	43
	(2) Die Verletzung von Normen des Arbeitsrechts	45
	(3) Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Preisunterbietung	47

Seite

aa) Preisunterbietung durch Zoll- oder Steuerhinterziehung 48
bb) Preisunterbietung durch Verletzung öffentlich-rechtlicher Preisvorschriften 50
(4) Die Verletzung gewerblicher Schutzrechte und die Ausnützung einer formalen Rechtsstellung im Wettbewerb 51
(5) Gesetzesverletzung durch wirtschaftlichen Wettbewerb der öffentlichen Hand 53
(6) Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Grundrechten 56
(7) Die Verletzung nichtiger Verträge und Normen 58
2) Die Verletzung berufsständischer Ordnungen (sog. Berufsstandsvergessenheit) 59
3) Die Verletzung vertraglicher Bindungen 60

VI. Einwendungen gegen die herrschende Meinung 64

1) Abgrenzungsschwierigkeiten 64
2) Inkonsequenz der Rechtsprechung bei Behandlung dieser Probleme 65
3) Mangelnde Unterscheidung zwischen guten Sitten und Sittlichkeit 67
4) Vermeidbarer Schuldvorwurf 70

VII. Schlußfolgerungen aus den Einwendungen gegen die herrschende Meinung und Versuch einer Lösung 71

1) Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB 73
2) Planmäßigkeit des Vorgehens 74
3) Die Wettbewerbsnähe des verletzten Gesetzes 76
4) Der erzielte Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern 78

VIII. Zusammenfassung und Ergebnis 84

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aaO	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Band und Seite)
AnwBl	Anwaltsblatt, Nachrichten für die Mitglieder des deutschen Anwaltsvereins (Jahr und Seite)
a. M.	anderer Meinung
AO	Abgabenordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band und Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt (Teil und Seite)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Band und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Band und Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (Jahr und Seite)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr und Seite)
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
h. M.	herrschende Meinung
HMWG	Heilmittelwerbegesetz
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nummer)

HWVO	Heilmittelwerbeverordnung, seit HMWG außer Kraft
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
MA	Der Markenartikel (Jahr und Seite)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr und Seite)
MuW	Markenschutz und Wettbewerb (Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
ÖOGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
ÖUWG	österreichisches Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band und Seite)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts (Band und Seite)
RBerMG	Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung
Recht	Das Recht (Jahr und Nummer)
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGRK	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
SchwUWG	Schweizer Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)
StGB	Strafgesetzbuch
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Warneyer	Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Jahr und Nummer)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr und Seite)

WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr und Seite)
WuW/E	Entscheidungssammlung der Zeitschrift Wirtschaft und Wettbewerb

LITERATURVERZEICHNIS

Abraham Hans Jürgen:	Die Doktrin der Public Policy, AcP 150 (N.F. 30), 385
Alexander-Katz G.:	Moderne Fälle unlauteren Wettbewerbs, 1933
Alexander-Katz G.:	Wettbewerbscharakter und Wettbewerbszweck geschäftlicher Handlungen, NJW 1954, 129
Almenräder Werner:	Gesetzesverletzung als unlauterer Wettbewerb, Diss. Köln 1958
Baumbach Adolf:	Die Grenzen erlaubten Wettbewerbs, namentlich die Preisunterbietung, MuW 1930, 2
Baumbach Adolf:	Verschulden und Sittenwidrigkeit im Wettbewerb, JW 1930, 1643
Baumbach Adolf:	Gesetzgeberische Gedanken zum Wettbewerbsrecht, in DJZ 1931, 58
Baumbach-Hefermehl:	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kommentar, Band I, 9. Auflage, Berlin 1964
Becher Carl:	Kommentar zum UWG, München und Berlin 1932
Becher Carl:	Preisschleudern unter Selbstkosten als Wettbewerbsverstoß, in BB 1953, 297
Benisch Werner:	Zur Problematik eines gesetzlichen Schutzes des Leistungswettbewerbs WuW 1955, 421
Borchardt-Fikentscher:	Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung, Stuttgart 1957
Breithaupt Walter:	Die guten Sitten, JZ 1964, 283

von Büren, Bruno:	Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957
Bussmann Kurt:	Unlauterer Wettbewerb bei neuen Werbemethoden, NJW 1952, 624
Bussmann Kurt:	Anmerkung in GRUR 1957, 609 zu BGH in GRUR 1957, 606 "Heiltee"
Bussmann Kurt:	Anmerkung in GRUR 1958, 491 zu BGH in GRUR 1958, 487 "Antibiotica"
Bussmann-Droste:	Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechtes, Essen 1951
Bussmann-Pietzcker-Kleine:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl., Berlin 1962
Callmann Rudolf:	Kampfpreise, MuW 1929, 570
Callmann Rudolf:	Der unlautere Wettbewerb, Kommentar zum UWG, 2. Aufl., Mannheim 1932
Coing H.:	Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der guten Sitten, NJW 1947/48, 213
Delters Eva:	Zum Streit um den Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten, Diss. Köln 1934
Deutsch Erwin:	Wettbewerbstatbestände mit Auslandsbeziehung, Stuttgart 1962
Dietz Rudolf:	Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn und Köln 1934
Droste Karl:	Die guten Sitten im Wettbewerb und die Rechtsprechung, DB 1956, 789
Droste Karl:	Anmerkung in GRUR 1961, 294 zu BGH in GRUR 1961, 288 "Zahnbürsten"

Droste Karl:	Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb, WRP 1964, 65
Droste Karl:	Zum Begriff des "Sittenwidrigen" im Wettbewerb, WRP 1965, 35
Dürig Günter:	Freizügigkeit, in Neumann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, Bd. II S. 507, Berlin 1954
Dürig Günter:	Grundrechte und Privatrechtsprechung, in Festschrift für Nawiasky, München 1956, S. 157
Elster Alexander:	Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht. Kommentar, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1928, zit.: Urheberrecht
Elster Alexander:	Wettbewerbsrecht, Kommentar zum UWG, Berlin 1941, zit.: Wettbewerbsrecht
Elster Alexander:	Anmerkung in JW 1927, 1569 zu RG in JW 1927, 1569
Enneccerus-Nipperdey:	Allgem. Teil des bürgerlichen Rechts, 1 + 2 Halbband, 14. Aufl., Tübingen 1952/1955
Esser Josef:	Realität und Ideologie der Rechtssicherheit in positiven Systemen. Festschrift für Theodor Rittler, Aalen 1957
Esser Josef:	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechtes. 2. Aufl., Tübingen 1964
Falck:	Anmerkung in GRUR 1960, 243 zu BGH in GRUR 1960, 240 "Süßbier"
Falck:	Anmerkung in GRUR 1965, 375 zu BGH in GRUR 1965, 373
Fikentscher Wolfgang:	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München 1958, zit.: Fikentscher Wettbewerb

Fikentscher Wolfgang:	Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, Heidelberg 1962 zit.: Fikentscher: Preisunterbietung
Finger Christian:	Kommentar zum UWG, 4. Aufl. 1911
Fuld Ludwig:	Kommentar zum UWG, 3. Aufl. 1910
Fuld Ludwig:	Anmerkung in JW 1925, 663 zu LG Frankfurt am Main in JW 1925, 663
Gamm Otto Friedrich Freiherr von:	Wettbewerbsrecht Köln 1964
Gieseke Paul:	Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens, in GRUR 1950, 298
Godin Hans Freiherr von:	Über den Verstoß gegen die wettbewerbsrechtlichen guten Sitten, in GRUR 1966, 127
Godin - Hoth:	Wettbewerbsrecht, Kommentar zum UWG Berlin 1957
Goerke Heinz:	Preisunterbietung sittenwidrig ?, in WRP 1955, 61
Hagen:	Die guten Sitten als Rechtsbegriff, in Gruchot 52, 497
Hartung:	Anmerkung in NJW 1954, 393 zu Hans. OLG Hamburg in NJW 1954, 393
Hauss Carl:	Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896, Berlin 1896
Heck Philip:	Besprechung von Isay, "das Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes", in AcP 137, 95
Hefermehl Wolfgang:	Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, in Festschrift für Nipperdey 1955
Hefermehl Wolfgang:	Anmerkung in GRUR 1957, 560 zu BGH in GRUR 1957, 558 "Bayern-Expreß"
Herrmann Josef:	Verleitung zum Vertragsbruch, in GRUR 1955, 21

Herschel:	Anmerkung in JW 1934, 1129 zu OLG Oldenburg in JW 1934, 1129
Heydt:	Anmerkung in GRUR 1958, 89 zu BGH in GRUR 1958, 86 "Ei-fein"
Heydt:	Anmerkung in GRUR 1964, 272 zu BGH in GRUR 1964, 269 "Grobdessin"
Hoeniger:	Anmerkung in JW 1927, 2288 zu RG in JW 1927, 2288= MuW 1927/28, 98
Holzinger:	Die Zulässigkeit von Wettbewerbshandlungen, Berlin 1931
Hubmann Heinrich:	Gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1962
Hueck:	Anmerkung in JW 1927, 2367 zu RGZ 117, 16 = RG in JW 1927, 1636
Isay Hermann:	Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts Berlin 1933
Jossi Alfred:	Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Arbeitsbedingungen, Bern 1947
Kaufmann Arthur:	Zur rechtspolitischen Situation der Gegenwart, in JZ 1963, 137
Kerndl-Marcetus:	Heilmittelwerbegesetz, Kommentar, Stuttgart 1965
Kirchberger Hans:	Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb, Berlin 1931
Koenigs Folkmar:	Wechselwirkung zwischen GWB und Recht des unlauteren Wettbewerbs, in NJW 1961, 1041
Kohler:	Der unlautere Wettbewerb, Berlin 1914
Kraft Alfons:	Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Band 16, München und Berlin 1963

Laufke Franz:	Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Festschrift für Lehmann, Band I, Berlin, Tübingen, Frankfurt 1956, S. 145 ff
Leibholz-Rinck:	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2. unv. Aufl., Köln 1966
Leisner Walter:	Grundrechte und Privatrecht, München 1960
Lent Friedrich:	Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Band I, Leipzig 1912
Lindenmaier Fritz:	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerb, unter besonderer Berücksichtigung der Dekartellierungsvorschriften, in WuW 1953, 259
Lobe Adolf:	Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung, Band I, Leipzig 1907
Lobe Adolf:	Der Begriff der guten Sitten in BGB § 826 und UWG § 1; Gruchot 72, 145
Lobe Adolf:	Der Vorsprung im Wettbewerb; in MuW 1936, 77
Lorenz Werner:	Besprechung von Simitis, 'Gute Sitten und ordre public'; in AcP 160, 426
Lüdecke Wolfgang:	Preisausschreiben mit Geldgewinnen im Wettbewerb; in BB 1952, 562
Maunz Theodor:	Deutsches Staatsrecht, 14. Aufl., München und Berlin 1965
Meissinger:	Anmerkung in "Der Arbeitgeber" 1927, 289 zu RGZ 117, 16 = JW 1927, 1636 "Tariflohn"
Messner Johannes:	Ethik, Innsbruck-Wien-München 1955
Meyer-Cording Ulrich:	Besprechung von Baumbach-Hefermehl, Kommentar zum UWG, 8. Aufl. 1960 in NJW, 1960, 1443

Meyer-Cording Ulrich:	Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts in WuW 1962, 461
Meyer-Cording Ulrich:	Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts, in JZ 1964, 273 und 310
Meyer-Cording Ulrich:	Der Gleichheitssatz im Privatrecht und das Wettbewerbsrecht, in Festschrift für Nipperdey, Bd. I München und Berlin 1965, S. 537
Moser v. Filseck:	Anmerkung in GRUR 1958, 496 zu BGH in GRUR 1958, 492 "Eis-Praline"
Müller-Henneberg-Schwarz:	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
Nerreter Paul:	Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts, Berlin 1936
Nerreter Paul:	Die Weiterbildung der drei wettbewerbsrechtlichen Grundregeln, in GRUR 1937, 167
Nerreter Paul:	Anmerkung in GRUR 1958, 34 zu BGH in GRUR 1958, 32 "Haferschleim"
Nipperdey Hans Carl:	Anmerkung in JW 1927, 2367 zu RGZ 117, 16 = JW 27, 1636
Nipperdey Hans Carl:	Wettbewerb und Existenzvernichtung, Köln-Berlin 1930
Nipperdey Hans Carl:	Die Würde des Menschen, in Neumann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte Bd. II, S. 1, Berlin 1954
Nipperdey Hans Carl:	Sonntagsverkauf von Nichtheilmitteln in Apotheken als Schutzgesetzverletzung in AcP 137, 66
Nipperdey Hans Carl:	Boykott und freie Meinungsäußerung, in DVBl 1958, 445
Pietzcker:	Anmerkung in GRUR 1963, 539 zu BGH in GRUR 1963, 536 "Iris"

Pinner-Elster:	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 8. Aufl., 1927
Püttner Günther:	Unlauterer Wettbewerb der öffentlichen Hand, in GRUR 1964, 359
Rasch Harold:	Preisstellung unter Selbstkosten, in WuW 1953, 387
Reichsgerichtsräte-Kommentar:	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG und des BGH, 11. Aufl., Berlin 1959 - 1965 zit.: RGRK
Reimann Günther:	Wettbewerb und "gute Sitten", in WuW 1957, 621
Reimer Dietrich:	Anmerkung in GRUR 1963, 588 zu BGH in GRUR 1963, 578 "Sammelbesteller"
Reimer Eduard:	in Isay-Mettetal: Internationales Wettbewerbsrecht, 1937, zit.: Reimer in Isay-Mettetal
Reimer Eduard:	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Systematischer Kommentar, 3. Aufl., Köln und Berlin 1954, zit.: Reimer
Rinck Gerd:	Die guten Sitten im Wettbewerb, in Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle Göttingen 1961, S. 151 ff
Rosenthal Alfred:	Kommentar zum Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichengesetzes, 8. Aufl., Berlin 1930
Rosenthal Alfred:	Anmerkung in JW 1919, 942 zu OLG Jena in JW 1919, 942
Rudloff-Blochwitz:	Das Recht des Wettbewerbs, Berlin 1938
Sasse Karl-Heinz:	Die Ausnutzung fremden Vertragsbruchs im Wettbewerb, unter besonderer Berücksichtigung von Preis- und Vertriebsbindungsverträgen. Diss. Köln 1965

Schönherr - Saxl - Wahle:	Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Wien 1959
Schorn Hubert:	Die Rechtsberatung, 2. Aufl., Darmstadt 1967
Schramm Carl:	Grundlagenforschung, Berlin 1954
Schramm Carl:	Die Preisschleuderei als Wettbewerbsproblem; in GRUR 1940, 133
Schramm Carl:	Anmerkung in GRUR 1960, 197 zu BGH in GRUR 1960, 197 = LM Nr. 90 a zu § 1 UWG "Frachtenrückvergütung"
Schramm Carl:	Der Vertragsbruch, Ausnutzung und Verleiten; in GRUR 1961, 328
Schricker Helmut:	Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb; München, Köln, Berlin 1964
Seelow:	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Aufl., Berlin 1925
Seligsohn:	Anmerkung in JW 1929, 1579 zu RG in JW 1929, 1211
Seydel Helmut:	Wirtschaftspolitische Erwägungen als Grundlage wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen ? in MA 1956, 83
Simitis Konstantin:	Gute Sitten und ordre public; Marburg 1960, Marburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Reihe A Bd. 4
Soergel-Siebert:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., Stuttgart 1959 ff
Spengler Albrecht:	Die Reformbedürftigkeit der Wettbewerbsordnung, Diss. Göttingen 1939
Spengler Albrecht:	Preisschleuderei, Preisdiskriminierung und Wettbewerbsregeln; Düsseldorf 1955, zit.: Spengler, Preisschleuderei

Spengler Albrecht:	Ist das Verschenken von Handelsware unlauterer Wettbewerb ? in MA 1955, 87
Spengler Albrecht:	Wettbewerb, Recht und Schranken; Stuttgart 1957, zit.: Spengler, Wettbewerb
Staudinger :	Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 11. Aufl., Berlin 1954 ff
Terstegen:	Unlauterer Wettbewerb durch Steuerhinterziehung, Hannover 1958
Tetzner Heinrich:	Zur Frage der wettbewerbsrechtlichen Verteidigung ungeschützter Arbeitsergebnisse; in SJZ 1950, 179
Tetzner Heinrich:	Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Köln 1957
Tetzner Heinrich:	Die Problematik der Generalklausel des § 1 UWG; in NJW 1962, 1087
Troller Alois:	Immaterialgüterrecht, Band II, Basel-Stuttgart 1962
Troller Kamen:	Das Internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs; Freiburg/Schweiz 1962
Ulmer Eugen:	Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung, Berlin 1929
Ulmer Eugen:	Anmerkungen in JW 1929, 3095 zu OLG Düsseldorf in JW 1929, 3094
Ulmer Eugen:	Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht; Berlin 1932
Ulmer Eugen:	Anmerkungen in JW 1932, 1888 zu RG in JW 1932, 1888
Ulmer Eugen:	Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht; in GRUR 1937, 769

Ulmer Eugen:	Anmerkungen in BB 1949, 543 zu OLG Dresden in BB 1949, 542
Ulmer Eugen:	Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960
Welzel Hans:	Naturrecht und materiale Gerechtigkeit; Göttingen 1962
Welzel Hans:	Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl. Berlin 1960
Wirner Helmut:	Wettbewerbsrecht und Internationales Privatrecht, München 1960, Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Band 8
Würdinger Hans:	Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in WuW 1953, 721
Würdinger Hans:	Schenkung als Werbemaßnahme, in WuW 1955, 71

I. EINFÜHRUNG, STELLUNG UND ABGRENZUNG DES PROBLEMS

Der freie Wettbewerb, der auf der liberalen Konzeption der Marktwirtschaft beruht, bringt einen dynamischen Ablauf des Wirtschaftslebens mit sich. Einerseits ist er als Ansporn und erlaubtes Mittel allen Handels und Gewerbefleisses notwendig für den Fortschritt[1], andererseits bedeutet er für den einzelnen Mitbewerber aber auch Verschärfung des Leistungswettbewerbes und dauernden Kampf um seine eigene wirtschaftliche Existenz. Jeder Gewerbetreibende sieht sich dabei einem ständig wachsenden Kranz staatlicher Normen und vertraglicher Bindungen gegenüber, die die Freiheit seiner wirtschaftlichen Betätigung und den Spielraum seiner unternehmerischen Entscheidungsmöglichkeit beschränken. Als Folge davon ist eine Häufung unlauterer Geschäftspraktiken zu beobachten, die nicht selten gerade in der mehr oder minder geschickt verdeckten Verletzungen dieser Normen und Bindungen bestehen. So betreibt ein Wettbewerber entgegen dem Personenbeförderungsgesetz nicht genehmigten Omnibus-Linienverkehr[2], ein anderer stellt chemische Präparate her, ohne sie als Gift zu kennzeichnen[3] und wieder ein anderer hinterzieht Steuern in erheblichem Umfang, um seinen Betrieb zu rationalisieren und dann die Waren besser und billiger abgeben zu können[4]. Dadurch erhofft er sich eine bessere Startposition, eine bevorzugte Ausgangsbasis gegenüber seinen Mitbewerbern im Kampf um den Kunden und versucht, die "par condicio concurrentium" zu seinen Gunsten zu korrigieren.

Soweit die verletzte Norm einer Strafandrohung unterliegt, scheint das Problem einfach zu lösen, denn es ist ja Aufgabe der zuständigen staatlichen Stellen, solche Verstöße zu verfolgen. Unter welchen Umständen kann jedoch darüberhinaus einer aus dem Kreis der Mitbewerber, der sich durch den Verstoß des Konkurrenten besonders benachteiligt fühlt, den Schutz des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb[5] für sich in Anspruch nehmen und gegen seinen Mitbewerber auf Unterlassung oder Schadenersatz klagen ?

---

1) Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 25.
2) BGH in GRUR 1957, 558 "Bayern-Expreß".
3) BGH in GRUR 1964, 269 "Grobdesin".
4) Beispiel bei Terstegen S. 14.
5) vom 7. Juni 1909, RGBl. S. 499.

Zwar bietet sich für die Beantwortung dieser Frage die Generalklausel des § 1 UWG an, jedoch ist das Wettbewerbsrecht selbst für Spezialisten auf diesem Gebiet durch eine Unzahl sich ergänzender und widersprechender Entscheidungen eine unsichere Materie geworden, obwohl doch gerade die Kriterien der Sittenwidrigkeit ohne weiteres der gefühlsmässigen Beurteilung der Allgemeinheit unterliegen müßten[6]. Eine Generalklausel ist allerdings auch als Auffangtatbestand für die verschiedensten Sachverhalte gedacht und kann schon aus diesem Grunde nicht der Forderung Senecas ganz gerecht werden, der gesagt haben soll, ein Gesetz müsse sein "velut emissa divinita vox; iubeat non disputet". So kann die Frage, ob ein Gesetzesverstoß eines Mitbewerbers angesichts der Fassung des § 1 UWG ohne weiteres als unlauterer Wettbewerb zu qualifizieren ist, mit Fug und Recht bezweifelt werden. Erst die Überlegung, daß das Wettbewerbsrecht ja in erster Linie ein "ius aequum" ist, das aus dem Hinterhalt vorgenommene geschäftsschädigende Handlungen unterbinden will[7], führt den verständigen Richter zur Bejahung der Sittenwidrigkeit zumindest in den krassesten Fällen. Demgegenüber beantwortet das Schweizer Recht die Frage nach den wettbewerbsrechtlichen Folgen einer Gesetzesverletzung bereits ausdrücklich im Gesetz. In At. 1 II lit. h SchwUWG[8] heißt es nämlich:

> "Gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstößt beispielsweise, wer:
>
> .....
>
> h. Arbeitsbedingungen verletzt, die berufs- oder ortsüblich sind oder die durch Gesetz, Verordnung oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt sind."

Zwar liegen Zweck und Bedeutung dieser Bestimmung, die auf Betreiben verschiedener Arbeitnehmerorganisationen in das Gesetz aufgenommen wurde, in erster Linie auf sozialpolitischem Gebiet. In der Schweiz ist es jedoch inzwischen schon gefestigte Meinung, auch Verletzungen nichtarbeitsrechtlicher Gesetze und Verträge den Sanktionen dieser Bestimmung

---

6) Droste in DB 1956, 790.

7) Alexander-Katz in NJW 1954, 129.

8) vom 30. September 1943, AS 61, 1.

zu unterstellen[9]. Eine zweckmäßige Abgrenzung wird in der Beziehung des verletzten Gesetzes zur Wettbewerbstätigkeit gesehen. Regelt die fragliche Norm direkt oder indirekt das Verhältnis des Gewerbetreibenden zu seinen Kunden oder Konkurrenten und steht dem errungenen Vorteil des einen die Beeinträchtigung des anderen gegenüber, so liegt unlauterer Wettbewerb vor[10]. So wird insbesondere das Herausholen eines unmittelbaren wettbewerblichen Vorteils durch Verletzung oder Mißachtung von Gesetzen als Treu und Glauben widersprechend angesehen[11].

Da § 1 des Österreichischen UWG[12] wörtlich dem des deutschen UWG entspricht, ist in diesem deutschsprachigen Nachbarland auch die Frage nach den wettbewerbsrechtlichen Folgen einer Gesetzesverletzung nicht so einfach zu beantworten wie in der Schweiz. Allerdings liegt auch dort nach herrschender Meinung unlauterer Wettbewerb vor, wenn zu Wettbewerbszwecken bewußt über ein Gesetz hinweggegangen wird, um einen Vorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen[13]. Das Gesetz wird nämlich als verkörperter Wille des Volkes angesehen und hat deshalb die Vermutung für sich, daß es den Begriffen aller rechtlich und billig denkenden Menschen entspricht[14]. Die Verletzung einer lediglich administrativen Strafbestimmung oder die bloße Überschreitung gewerblicher Befugnisse wird für sich allein allerdings noch nicht als sittenwidrig betrachtet[15]. Sie wird es jedoch nach den Begleitumständen dann, wenn durch bewußten und planmäßigen Verstoß auch eine beabsichtigte Benachteiligung der gesetzestreuen Mitbewerber eintritt[16].

---

9) von Büren: S. 115 ff, Jossi, S. 1 und S. 78 ff.

10) Jossi, S. 80 ff, S. 100.

11) BGE 71 II 233 "Devisenvorschriften", BGE 83 II 466 unbewilligter Ausverkauf, BGE 86 II 119 konzessionspflichtige Arbeiten, Alois Troller S. 921.

12) vom 26. September 1923, BGBl. Nr. 531.

13) OLG Wien in Österr. Blätter für gewerbl. Rechtsschutz und Urheberrecht 1957, 54 und 1957, 86.

14) ÖOGH in GRUR 1928, 608.

15) ÖOGH in Österr. Blätter für gewerbl. Rechtsschutz und Urheberrecht 1955, 30.

16) Schönherr-Saxl-Wahle, § 1 ÖUWG Anm. 183.

Ziel und Aufgabe vorliegender Arbeit soll es nun sein, nach deutschem Recht die Frage nach den wettbewerblichen Folgen einer im geschäftlichen Verkehr vorgenommenen Gesetzesverletzung zu prüfen und zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen dem gesetzestreuen Mitbewerber ein Klagerecht zugebilligt werden kann. Soweit hier von Interesse, werden auch die ähnlich gelagerten Problemkreise des unlauteren Wettbewerbs durch Vertragsbruch und die Verletzung von Standessitten (sog. Berufsstandsvergessenheit) in die Erörterung einbezogen.

II. BESTIMMUNG DER VERWENDETEN BEGRIFFE

Als "Wettbewerb" läßt sich im allgemeinen Sprachgebrauch das selbständige Bestreben jedes Unternehmers kennzeichnen, den Umsatz an eigenen Waren und/oder Leistungen im geschäftlichen Wettstreit mit zumindest mehreren anderen Unternehmern um den Kunden zu erhalten oder gar zu steigern[17]. Die Zweigleisigkeit der Begriffe des Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs und in dem der Wettbewerbsbeschränkungen ist nur anscheinend vorhanden, denn grundsätzlich sind sie die gleichen[18]. Eine Definition des unlauteren Wettbewerbs, die allgemeine Geltung beanspruchen kann, gibt Art. 10^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft: "Unlauterer Wettbewerb ist jede Wettbewerbshandlung, welche gegen die anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel verstößt".

Der engere oder auch klassische Begriff des Wettbewerbsrechtes umfaßt insbesondere das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 (UWG), das Warenzeichengesetz vom 5. Mai 1936 (WZG), das Gesetz über Preisnachlässe vom 25. November 1933 (Rabattgesetz) mit seiner Durchführungsverordnung vom 21. Februar 1934 und die Zugabeverordnung vom 9. März 1932. Hinzu kommen ferner die einschlägigen Bestimmungen der §§ 12, 823, 824, 826 und 1004 BGB, der §§ 12, 30 und 37, sowie §§ 60, 74 und 112 HGB, soweit sie wettbewerbliche Bedeutung haben, sowie zahlreiche Sonderbestimmungen nicht lediglich gewerbepolizeilichen Charakters, wie etwa die Anordnung des Reichswirtschaftsministers vom 4. Juli 1935 zu § 9 a UWG betreffend Sonderveranstaltungen oder die Verordnung des Bundeswirtschaftsministers über Sommer- und Winterschlußverkäufe vom 13. Juli 1950[19].

Dem weiteren Wettbewerbsrecht zuzurechnen ist darüberhinaus beispielsweise noch die frühere Polizeiverordnung über die Werbung auf dem Gebiete des Heilmittelwesens vom 29. September 1941 (HWVO)[20], die jetzt durch

---

17) Gamm, S. 4.

18) Fikentscher, Wettbewerb, S. 31, 40, 103.

19) Wirner, S. 22; Eduard Reimer in Isay-Mettetal, S. 83; Gamm S. 5. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm. 17.

20) BGH in GRUR 1963, 536 (538) "Iris": "unmittelbar wettbewerbsrechtlichen Charakter", Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 18.

das gleichnamige Gesetz vom 11. Juli 1965 abgelöst wurde. Wegen der großen praktischen Bedeutung dieser Verordnung für die Rechtsprechung zu § 1 UWG[21)] wird sie unten noch gesondert behandelt.

Unter "Norm" wird in der Rechtsprechung eine mit obrigkeitlicher Autorität ausgestattete Rechtsregel verstanden, die mit Verbindlichkeit für eine unbestimmte Personenzahl zur Regelung einer Vielzahl von Fällen an einen abstrakten Tatbestand eine Rechtsfolge knüpft. Nicht unter diesen Begriff fallen deshalb gesetzliche Definitionen, wie etwa in §§ 90 ff BGB, oder Bestimmungen, die lediglich Feststellungen treffen oder Programmsätze aussprechen, ohne sie selber mit einer Rechtsfolge zu verbinden, wie beispielsweise Art. 95 GG oder § 3 BBauG. Für den Begriff der Norm ist ihre Rechtsqualität unbeachtlich, es kann sich also gleichermaßen um Verfassungen, Bundesgesetze, Landesgesetze, Rechtsverordnungen oder Satzungen handeln, soweit sie rechtsgültig erlassen sind. Im Rahmen dieser Arbeit werden unter "Normen" abweichend von der üblichen Terminologie jedoch auch Verwaltungsakte verstanden, sofern sie als Allgemeinverfügungen ergangen sind oder eine "par condicio concurrentium" schaffen. Als "außerwettbewerbsrechtliche Normen" werden hier lediglich solche angesehen, die zwar nicht zum Wettbewerbsrecht im engeren Sinne gehören, dennoch aber Auswirkungen auf den geschäftlichen Wettbewerb ausüben können. Es fallen also für die Betrachtung alle diejenigen aus, die im Wettbewerbsverhältnis zwischen den Gewerbetreibenden nicht relevant werden können. So erscheint es beispielsweise nicht vorstellbar, daß durch Verletzung der Vorschriften etwa über die Kraftfahrzeugbeleuchtung (§§ 24, 33 StVO) oder durch Nichtbeachtung familienrechtlicher Normen unlauterer Wettbewerb begangen werden kann.

---

21) z.B. OLG Köln in GRUR 1965, 157 "Gesundheitsbetteinlage";
OLG Köln in GRUR 1964, 400 "Super-Six";
OLG Hamburg in WRP 1963, 374; BGH in GRUR 1963, 536 "Iris",
OLG Stuttgart in NJW 1962, 2064.

III. DIE ANWENDUNGSVORAUSSETZUNGEN FÜR § 1 UWG

Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Beurteilung kann nicht jede Handlung sein, sondern nur ein Verhalten im Rahmen des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Da nicht jeder Verstoß eines Gewerbetreibenden gegen die guten Sitten auch unlauterer Wettbewerb sein kann, sind die Voraussetzungen für die Anwendung des § 1 UWG vorweg zu prüfen.

1) Das Wettbewerbsverhältnis

Zwischen den Mitbewerbern muß ein Wettbewerbsverhältnis vorliegen, denn Wettbewerbshandlungen können nur dann relevant werden, wenn sie sich auf das Spannungsverhältnis zwischen den Konkurrenten auswirken. Dabei ist das Vorliegen dieses Spannungszustandes noch nicht selbst als Wettbewerb, sondern nur als dessen Folgeerscheinung anzusprechen[22]. Ein Wettbewerbsverhältnis besteht demnach, wenn sich Mitbewerber mit ihrem Waren- oder Leistungsangebot an einen oder mehrere Kunden, an einen oder mehrere Lieferanten mit dem Ziele wenden, daß ihr Angebot demjenigen der oder des Konkurrenten vorgezogen wird[23]. Dabei ist es nicht notwendig, daß es sich um Angebot oder Nachfrage des gleichen, homogenen Gutes handelt[24].

Auch mehr oder weniger substitutionsfähige Güter, etwa Butter und Margarine, Schiene, Straße und Binnenschiffahrt, werden, soweit sie das gleiche Bedürfnis befriedigen[25], vom Wettbewerb erfaßt. Dieser kann sich sogar zuweilen auf heterogene Güter erstrecken: so liegt beispielsweise ein Wettbewerbsverhältnis auch zwischen einem Blumen- und einem Pralinenstand in einem Krankenhauseingang vor. Zwischen einem Fabrikanten und einem Großhändler, der sich durch Verkäufe and Endverbraucher Vorteile sichert, besteht jedoch kein Wettbewerbsverhältnis[26], ebensowenig allgemein

22) Meyer-Cording in WuW 1962, 461 (465).
23) Ulmer: Unl. Wettbewerb Bd. I EWG S. 33.
24) Baumbach-Hefermehl Allg. UWG Anm. 6, Ulmer a.a.O. S. 33 f, a.M. anscheinend Jossi S. 3.
25) Meyer-Cording in WuW 1962, 461 (465)
26) BGHZ 28, 54 = in GRUR 1958, 557 "Direktabsatz", anders jedoch, wenn der Fabrikant selbst eine Verkaufsabteilung unterhält, in der an Endverbraucher verkauft wird, RG in GRUR 1930, 446 (447) "Fittingswerke", Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 152.

zwischen Anbietern und Nachfragern, also im sogenannten Austausch- oder Stufenverhältnis[27]. Ein Wettbewerbsverhältnis kann jedoch etwa hinsichtlich der Inserenten und Leser zwischen einem Anzeigenblatt mit redaktionellem Teil und Tageszeitungen zu bejahen sein[28].

2) Die Wettbewerbshandlung

Ein Verhalten kann jedoch nur dann Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Beurteilung sein, wenn es sich als Wettbewerbshandlung darstellt. Dazu ist erforderlich, daß die Handlung im geschäftlichen Verkehr und zu Zwecken des Wettbewerbs vorgenommen wurde.

Handelnder kann jedermann sein, jede natürliche oder juristische Person, jede Firma, sogar die öffentliche Hand, soweit sie sich am Wettbewerb beteiligt[29]. Selbst die Handlungen eines an sich außerhalb des Wettbewerbs stehenden Dritten können wettbewerbsrechtlicher Beurteilung unterliegen, wenn der Dritte damit fremden Wettbewerb fördern will und dadurch gewißermaßen "Wettbewerber in fremdem Interesse" wird[30]. Die zu beurteilende Handlung muß lediglich der Förderung eines beliebigen Geschäftszweckes dienen[31] und im geschäftlichen Verkehr erfolgen, wobei es jedoch gleichgültig ist, ob sie sich in der Öffentlichkeit oder in privatem Rahmen abspielt[32]. Der Begriff des geschäftlichen Verkehrs setzt weder ein Unternehmen, ein Erwerbsgeschäft, noch eine bestimmte Organisationsform voraus[33]. Dagegen scheidet eine rein private, lediglich betriebsinterne und auch die hoheitliche Betätigung aus[34], umfaßt wird aber jede Erwerbstätigkeit im weitesten Sinne, so daß auch ein Beamter, etwa durch Empfehlung eines bestimmten Produktes im geschäftlichen Verkehr handeln kann[35].

---

27) Meyer-Cording in WuW 1962, 461 (466)
28) BGHZ 19, 392 = GRUR 1956, 223 "Anzeigenblatt".
29) Eduard Reimer S. 511 mit Nachweisen.
30) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm. 145 und 157, Ulmer, Unl. Wettbewerb, Bd. I EWG S. 36, BGH in GRUR 1953, 294 "Fleischbezug".
31) Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 11b.
32) BGH in GRUR 1959, 488 (489).
33) Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 34.
34) BGH in GRUR 1960, 386 "Mampe", Hubmann S. 241.
35) Almenräder S. 3f.
Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 141.

Für die Anwendung des § 1 UWG[36] ist weiterhin ein "Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs" erforderlich. Erst wenn dies bejaht wird, kann geprüft werden, ob das betreffende Verhalten wettbewerbsrechtlich verboten ist, oder nicht[37]. Ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs liegt immer dann vor, wenn ein Verhalten festgestellt werden kann, das auf Abschluß von Geschäften mit Dritten gerichtet und objektiv geeignet ist, den Absatz oder den Bezug des Wettbewerbers zu fördern[38].

Zwischen dem erstrebten Vorteil auf der einen Seite und dem vom Mitbewerber erlittenen Nachteil auf der anderen muß eine Wechselbeziehung bestehen[39] und sei es auch lediglich die, daß der Absatz des einen Mitbewerbers nicht in dem Maße steigt, wie das bei seinen Konkurrenten oder der ganzen Branche der Fall ist. Als Schaden wird also auch ein langsameres wirtschaftliches Wachstum anzusehen sein, soweit dieses in der unerlaubten Wettbewerbshandlung des Mitbewerbers seinen Ursprung hat.

Die Wechselbeziehung zwischen dem Vorteil des Unlauteren und dem Schaden seiner Mitbewerber wird jedoch in einigen Fällen nicht leicht zu finden sein, insbesondere dann nicht, wenn die unerlaubte Wettbewerbshandlung auch allen Mitbewerbern Vorteile brachte. So ist es durchaus denkbar, daß durch die unerlaubte Handlung erst ein "echtes Bedürfnis" geweckt wird, wodurch der Umsatz der ganzen Branche steigt - man denke etwa an die durch Massenhysterie hochgetragenen Modetorheiten ("James-Bond-Welle"). Möglich wäre auch, daß die durch unerlaubte Mittel verursachte Steigerung des Absatzes lediglich auf einer Erhöhung der Kaufkraft beruht oder aus einem bisher still liegenden Kaufkraftreservoir gespeist wird. Wo liegt der Schaden der Mitbewerber, wenn etwa der Krawattenumsatz in einem Ort dadurch um 100 % zunimmt, daß einer der Geschäftsinhaber seine Krawattenwerbung mit unzüchtigen Abbildungen im Sinne des

---

36) sowie auch für einige andere Vorschriften des UWG: §§ 12, 14, 17, 18 und 20.

37) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 144

38) BGHZ 3, 270 "Constanze I", BGHZ 14, 171 "Constanze II", BGH in GRUR 1960, 386 "Mampe", BGH in WRP 1961, 307 "Betonzusatzmittel", Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 145, Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 11a, Tetzner § 1 UWG Anm. 24 und 25, Hefermehl in Festschrift für Nipperdey S. 291, Lindenmaier in WuW 1953, 259.

39) RGZ 118, 133, Hefermehl in Festschrift für Nipperdey S. 290.

§ 184 StGB verbindet[40] ? Ähnlich läge der Fall, wenn beispielsweise der einzigartige Verkaufsschlager, der "Hula-Hup-Reifen", vor einigen Jahren nur durch Verletzung gewerblicher Schutzrechte anderer möglich gewesen wäre. Der Nachweis, daß die dafür aufgewendete Kaufkraft sonst anderen "Sportgeräten" zugute gekommen wäre, wird regelmäßig unmöglich sein. Obwohl diese Wettbewerbshandlungen also nicht im eigentlichen Sinne "auf Kosten der Mitbewerber" erfolgten, liegt doch ein wettbewerbsrechtlich unerlaubtes Verhalten vor, das den Sanktionen aus §§ 1, 13 und 25 UWG ausgesetzt ist[41]. Die par condicio concurrentium ist also auch dann schon verletzt, wenn die unlauteren Handlungen auch allen Mitbewerbern Vorteile brachten, diese jedoch dem Unlauteren in ganz besonderem Maße zuflossen.

Neben den objektiven Voraussetzungen (Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs) wird allgemein auch eine subjektiv auf Wettbewerb gerichtete Absicht gefordert[42]. Diese kann sich sowohl auf eigenen wie auf fremden Wettbewerb beziehen und braucht für die Handlung auch nicht allein bestimmend zu sein, sofern sie nur nicht völlig in den Hintergrund tritt[43]. Nach der Lebenserfahrung spricht bei Wettbewerbshandlungen von Gewerbetreibenden und sogar von Verbänden eine tatsächliche Vermutung für die Wettbewerbsabsicht[44].

---

40) Fall des § 1, nicht des § 3 UWG, da keine unrichtigen Angaben, vgl. Almenräder S. 2 und Baumbach-Hefermehl: § 3 UWG Anm. 5.

41) Die herrschende Meinung verlangt dagegen, daß durch den unerlaubten Wettbewerb des einen notwendig der Absatz seiner Mitbewerber beeinträchtigt werden müsse, so z.B. RGZ 118, 133 (135), BGH in GRUR 1951, 283, BGH in GRUR 1953, 293 "Fleischbezug", Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 145, Hubmann S. 240.

42) BGHZ 3, 270 "Constanze I", 19, 392 (394) "Anzeigenblatt" BGH in GRUR 1960, 384 (386) "Mampe", Meyer-Cording in WuW 1962, 464, Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 156 ff. Hefermehl in Festschrift für Nipperdey S. 290, a.M. Eduard Reimer S. 513, Kraft S. 190 ff, Alexander-Katz in NJW 1954, 132.

43) Callmann S. 26, Rosenthal § 1 UWG Note 7a, BGH in GRUR 1953, 293 "Fleischbezug".

44) BGH in GRUR 1955, 97, "Constanze II", Meyer-Cording in WuW 1962, 464

Das Tatbestandsmerkmal des Handelns zum Zwecke des Wettbewerbs ist also sehr weit zu fassen. Es fehlt jedoch, sobald rein fachliche, wissenschaftliche[45] oder weltanschauliche Gründe Ursache für ein bestimmtes Verhalten sind.

3) Die "guten Sitten" als Beurteilungs-Maßstab

Da § 1 UWG als entscheidendes Kriterium für die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit einer Wettbewerbshandlung den Begriff der "guten Sitten" verwendet, ist klarzustellen, was darunter zu verstehen ist.

Bei der Deutung dieses Begriffs stößt man jedoch allseits auf Schwierigkeiten. Die "guten Sitten" sind ein metajuristischer, unbestimmter Rechtsbegriff, da für ihre Auslegung das Gesetz selbst keine Handhabe bietet[46]. Neben § 1 UWG verweisen beispielsweise noch die §§ 138 I, 817 und 826 BGB, § 226 a StGB, Art. 30 EGBGB sowie die §§ 328 I Nr. 4, 1041 I Nr. 2 und 1044 II Nr. 2 ZPO auf die guten Sitten. Zwar liegen 38 Jahre zwischen dem Inkrafttreten des ältesten und des jüngsten dieser sich auf die guten Sitten beziehenden Gesetze, was dafür spricht, daß der Gesetzgeber auch nicht jedesmal dasselbe darunter verstand. Andererseits ist der Begriff der guten Sitten zu einem der fundamentalsten unserer Rechtsordnung geworden, so daß deren innere Einheit auch dessen übereinstimmende Interpretierung erfordern könnte. Die guten Sitten haben jedoch nicht in jeder der auf sie verweisenden Normen die gleiche Bedeutung, da der Gegenstand der Wertung und der Wirkungsbereich der Vorschriften unterschiedlich sind[47]. Es ergeben sich insbesondere Unterschiede zwischen bürgerlichem Recht und Wettbewerbsrecht hinsichtlich der Rolle, die subjektive Elemente bei der Feststellung des Sittenverstoßes spielen.

---

45) Lobe S. 38, Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 161.

46) Deiters S. 9, Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 50, Droste in DB 1956, 789

47) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 54, Fikentscher: Wettbewerb S. 107 f, Reimer S. 509, Godin GRUR 1966, 127 (129), Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 7, Rinck in Festschrift für das OLG Celle S. 171, 173, Almenräder S. 8 f, a.M. beispielsweise Gieseke in GRUR 1950, 309, RGZ 125, 159 (166), Rosenthal § 1 UWG Note 3, Schramm, Grundlagenforschung S. 141, wohl auch Droste in DB 1956, 789, vgl. auch Abraham in AcP 150, 385.

Zur Auslegung der §§ 138 und 826 BGB wird nach herrschender Meinung auf die im Volk tatsächlich anerkannten, moralischen Grundsätze zurückgegriffen, wodurch der Einbruch sittlicher Wertungen in das Recht ermöglicht wird[48]. Dem Begriff der guten Sitten wird also ein rechts-ethischer Gehalt gegeben[49], dagegen möchten Enneccerus-Nipperdey[50] der Moral, der Ethik, nicht maßgebende Bedeutung beimessen, sondern mehr auf die gute Verkehrssitte im Sinne der §§ 157, 242 BGB abstellen. Zur Konkretisierung des Begriffs der guten Sitten verwies das Reichsgericht erstmals im Jahre 1901 auf das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden"[51] und verwandte damit eine Formel, die bereits in den Motiven zum BGB zur Erläuterung des späteren § 826 diente[52]. Diese von Droste als "Kaiser-Wilhelm-Formel"[53] bezeichnete Formulierung wurde in ständiger Rechtsprechung vom Reichsgericht[54] angewendet und auch vom Bundesgerichtshof übernommen[55]. Das Bundesverfassungsgericht modifizierte demgegenüber die Formel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" in: "die Anschauungen der "anständigen Leute" davon, was im sozialen Verkehr zwischen den Rechtsgenossen "sich gehört""[56], ohne im Grunde damit eine sachliche Änderung zu erreichen.

Da es sich jedoch beim Wettbewerbsrecht um eine Spezialmaterie handelt, genügt die Verweisung auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden nicht, sondern es ist von der Auffassung derjenigen auszugehen, die über das fragliche Verhalten ein Urteil haben können[57].
Der Bundesgerichtshof verwendet deshalb mit Vorzug die Formulierung vom

---

48) Staudinger § 138 RandNr. 3, Hefermehl in Soergel-Siebert § 138 RandNr. 2.
49) Krüger-Nieland in BGB-RGRK § 138 Anm. 1
50) Allgem. Teil, 1. Halbband § 31 I 2a
51) RGZ 48, 114 (124) vom 11.4.1901
52) Motive eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Amtl. Ausgabe 1888, Band II S. 727
53) WRP 1965, 35 (38)
54) RGZ 55, 373; 80, 221; 120, 148; 150, 5 (Gr. ZS)
55) BGHZ 10, 228 (232); 19, 13 (17); BGHSt 13, 16 (18)
56) BVerfGE 7, 198 (215) "Lüth-Urteil"
57) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 55, 56.

"Anstandsgefühl des verständigen (Durchschnitts-) Gewerbetreibenden"[58] die er im Wettbewerbsrecht ausdrücklich der alten Formel des Reichsgerichts gegenüberstellt. Diese Methode verzichtet jedoch auf eine materielle Definition des Begriffs der guten Sitten und sucht das Problem durch eine Verweisung zu lösen. Es handelt sich deshalb lediglich um eine "wortreichere Umschreibung ohne tiefere Erkenntnis"[59], um eine dilatorische Formel[60], die ihrer Natur nach formalistisch ist[61], und das Recht "zur bloßen Wirkung der tatsächlichen Verhältnisse degradiert"[62]. Die Berufung auf sie ist überdies lediglich eine unbewiesene Behauptung und keine Begründung. Die guten Sitten werden deshalb auch als nicht-fertige und -anwendungsfähige Rechtssätze bezeichnet, als lediglich "rechtsethische Prinzipien", die zwar für Gesetzgeber und Gerichte richtungsweisend sind, die jedoch erst konkretisiert werden müssen[63]. Meyer-Cording fordert deshalb[64] unter Berufung auf Max Scheler und Nicolai Hartmann, "zu einer materialen Wertethik, d.h. einer sachlichen Bestimmung des ethisch gebotenen Verhaltens vorzudringen".

Die Ansicht, die guten Sitten in § 1 UWG hätten vornehmlich einen ethischen Gehalt, es komme also nicht auf die Sitte, sondern auf die Sittlichkeit an, da diese Norm die Durchsetzung moralischer Grundsätze bezwecke, ist auch in der wettbewerbsrechtlichen Literatur weit verbreitet[65].
Diese Auffassung wurde jedoch, insbesondere, da sie dem Verletzer einen moralischen Schuldvorwurf aufbürdet, wiederholt angegriffen, am schärfsten wohl von Adolf Baumbach, der den Begriff der Sittenwidrigkeit als "gigantische Wolke" bezeichnete, die das ganze Rechtsgebiet überschatte[66]. Er sprach davon, daß § 1 UWG "eine stete Quelle der Unwahrhaftigkeit" sei,

---

58) BGHZ 15, 365 "progressive Kundenwerbung" BGH in GRUR 1960, 558 (561) "Eintritt in Kundenbestellung".

59) Herrmann in GRUR 1955, 21 (23).

60) Rinck in Festschrift für das OLG Celle S. 161.

61) Meyer-Cording in NJW 1960, 1443 und in JZ 1964, 273 (275).

62) Simitis S. 69.

63) Kaufmann in JZ 1963, 137 (144).

64) JZ 1964, 273 (275).

65) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm. 53 ff, Coing in NJW 1947/48, 213, Nerreter S. 33, 48, Callmann S. 47, 49 Hubmann S. 241, Almenräder S. 8

66) JW 1930, 1643.

in der die "Sittlichkeitshysterie Orgien" feiere, weshalb die Frage nach der Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung nur mehr ein Würfelspiel sei[67].

Um dies zu vermeiden, wurde vielfach versucht, den Begriff "sittenwidrig" durch "ungehörig"[68], "ordnungswidrig"[69], "wettbewerbsfremd" oder "wettbewerbswidrig"[70] zu ersetzen, oder einfach auf Treu und Glauben oder die "Grundprinzipien der Rechts- und Wirtschaftsordnung"[71] zu verweisen. Diese Auslegungsversuche befriedigen jedoch nach Meinung einiger Autoren nicht, da sie den guten Sitten eine andere Bedeutung unterlegen, die sie bei Erlaß des Gesetzes nicht hatten[72]. Andererseits handelt es sich hierbei um eine rein rechtstheoretische Frage, denn es kann nicht geleugnet werden, daß die Ergebnisse der Rechtsprechung keine anderen wären, wenn § 1 UWG statt auf die guten Sitten beispielsweise auf Treu und Glauben abstellen würde[73]. Kirchberger[74] wollte die Sitte nur im Sinne von Konventionalnormen oder gewissen, im Wettbewerb dauernd angewendeten Spielregeln verstehen,und Reimer schlug vor[75], die Sittenwidrigkeit durch Schaffung einer möglichst großen Zahl von Ausschlußrechten und Fallgruppen näher zu bestimmen.

Kraft will[76] die Anwendung des § 1 UWG weder von der Verletzung von Grundsätzen der Ethik, noch von solchen "etwa bestehender Sitten" abhängig machen, sondern glaubt, den Beurteilungsmaßstab in einer "genauen Prüfung, Wertung und Abwägung der beteiligten Interessen und aller sonstigen rechtserheblichen Umstände des Einzelfalles" gefunden zu haben. Bei der Auslegung der Generalklausel des § 1 UWG gerät jedoch diese Methode in Schwierigkeiten, da gerade bei den Blankettnormen die abzuwägenden Interessen nicht bezeichnet sind, sondern der Gesetzgeber die Entscheidung dem Richter im

67) DJZ 1931, 58 (61).
68) Nerreter in GRUR 1937, 167 (170), Gieseke in GRUR 1950, 308 f, dagegen jedoch Ulmer in GRUR 1937, 769 (771).
69) Abraham in AcP 1950, 385 und Simitis S. 166, 197
70) BGHZ 23, 365 (370), "Suwa", Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 90
71) Tetzner § 1 UWG Anm. 60
72) Gieseke in GRUR 1950, 298 (309), Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 52, Simitis S. 54
73) Ulmer, Unl. Wettbewerb, Bd. I EWG, S. 41
74) S. 5 ff, 27, 50 ff.
75) S. 503 f.
76) S. 119 ff, insbes. S. 128.

Einzelfall überlassen hat. Esser[77] spricht daher von einer "Überlassung der Normgestaltung an den Richter", die sich in den Blankettnormen "unter dem Gesichtspunkt nicht kodifizierter Wertprinzipien und mit der gerichtlich kontrollierten Bindung an außergesetzliche, aber doch "objektive", also konventionelle Maßstäbe von wechselnder empirischer Basis und Dichte" vollzieht. Meyer-Cording[78] nennt aus diesem Grunde das Bemühen Krafts um einen Maßstab der Interessenbewertung "abstrakt, blutlos und formalistisch".

Das entscheidende Kriterium wird dagegen von Simitis in den "Ordnungsprinzipien der Rechtsordnung" gesehen, weshalb er die guten Sitten als Bestandteil des ordre public verstanden wissen will[79]. Um zu einer übersichtlichen Abgrenzung zu gelangen, bezeichnet er als sittenwidrig nur die Verletzung der im Geschlechts- und Familienleben zu beachtenden Gebote der Ethik. Werde nämlich die Sittenwidrigkeit lediglich als individualethischer Verstoß verstanden, seien im Zeichen eines wachsenden Einbruchs des öffentlichen Rechts die Schwierigkeiten einer sich wandelnden Gesellschaftsordnung nicht mehr zu meistern. Dieser Ausgangspunkt seiner Arbeit stößt jedoch auf Kritik, da die Individualethik in die Bereiche der Sozialethik hinüberwirkt[80].

Angesichts dieser verwirrenden Vielfalt von Meinungen ist es jedoch nur möglich, den Begriff der guten Sitten in § 1 UWG in seiner Substanz zu erfassen, wenn Klarheit über die ratio legis, das geschützte Rechtsgut, herrscht.

Als der Reichstag im Jahre 1896 und 1909 das UWG verabschiedete, sah er dessen Aufgabe in dem Schutz der redlichen Konkurrenten[81]. Eine ältere, individualrechtliche Lehre sah jedoch das Schutzobjekt des Wettbewerbsrechts vornehmlich in der Persönlichkeit und deren Recht auf freie gewerbliche Tätigkeit[82].
Eine andere Meinung stellt mehr auf die wirtschaftliche Einheit ab, in der

---

77) Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., S. 150

78) JZ 1964, 273 (277).

79) S. 189, 197.

80) Lorenz in AcP 160, 426 (427), Meyer-Cording in JZ 1964, 273 (277);

81) Nachweise bei Meyer-Cording in JZ 1964, 273 (274)

82) Lobe, Bd. I, S. 145 ff (159), Kohler S. 17 ff (22), Rosenthal S. 130, Kirchberger S. 77;

sich die geschäftliche Betätigung objektiviert und nimmt an, Schutzgegenstand sei das Unternehmen als Immaterialgut[83]. Diese Ansichten vernachlässigen jedoch das Interesse der Allgemeinheit zu sehr zugunsten des Individualinteresses. Daneben wurde auch das "Berufsethos des Gewerbes" [84], die lebensbewährte Ordnung des Wettbewerbs"[85] als geschütztes Rechtsgut bezeichnet. Dadurch wird der Begriff der Sittenwidrigkeit jedoch funktionsbezogen, so daß schon die Behinderung des Leistungswettbewerbs einen Verstoß gegen die guten Sitten beinhaltet[86]. Volkswirtschaftliche Überlegungen, die eine wirtschaftspolitisch erwünschte Marktsituation erzielen oder aufrechterhalten sollen, geben dadurch bei der Beurteilung der rein rechtlichen Fragen nach dem Inhalt des Sittenbegriffs in § 1 UWG den Ausschlag[87]. Aufgabe der Gerichte kann es jedoch nicht sein, Wirtschaftspolitik zu treiben und die Sittenwidrigkeit eines wettbewerblichen Verhaltens mit seiner volkswirtschaftlichen Unerwünschtheit zu begründen[88].

Baumbach-Hefermehl[89] sehen in den guten Sitten als objektive Verhaltensnorm das Schutzobjekt des Wettbewerbsrechts. Diese Auffassung muß jedoch auf Kritik stoßen, da die in diesem Kommentar vertretene Ansicht[90] die guten Sitten nach § 1 UWG als "in ihrem Kern ethisch fundierte", als "sittliche Grundsätze" bezeichnet. Die Normen des Sittengesetzes sind jedoch nur rechtsethische Prinzipien, die erst an der "konkreten "Natur der Sache" orientiert werden müssen"[91].

---

83) Callmann, S. 31 ff (43), Nerreter S. 97, Fikentscher, Wettbewerb, S. 10.

84) Isay S. 62, 65.

85) Heck in AcP 137, 95 (98), ähnlich auch Würdinger in WuW 1955, 71 (76).

86) so ausdrücklich Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm. 69, zustimmend Meyer-Cording in NJW 1960, 1443, ablehnend Rinck in Festschrift für das OLG Celle S. 163.

87) so z. B. BGHZ 3, 339 (342) "Rasierklingen", 23, 365 (371) "Suwa".

88) Würdinger in WuW 1955, 71 (73 ff), Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 24, Seydel in MA 1956, 83 (86), Godin GRUR 1966, 127 (130), a. M. Spengler in MA 1955, 87 (97), Tetzner § 1 UWG Anm. 4, 8 wohl auch in NJW 1962, 1087 (1091), Simitis S. 51.

89) Einl. UWG Anm. 40

90) Einl. UWG Anm. 53

91) Kaufmann in JZ 1963, 137 (144) und Hubmann S. 40 f.

Durch einen sich etwa ab 1930 vollziehenden breiten Einbruch des Gemeinschaftsgedankens bahnte sich eine Abkehr von der rein individualrechtlichen zu einer sozialrechtlichen Beurteilung des Wettbewerbsrechts an[92]. Dadurch schob sich die Betonung des Allgemeininteresses neben dem Individualinteresse der einzelnen Konkurrenten in den Vordergrund. Nach der heute gefestigten allgemeinen Meinung hat das Wettbewerbsrecht die Doppelaufgabe, neben dem Mitbewerber und den sonstigen Marktbeteiligten die Verbraucher und damit die Allgemeinheit schlechthin zu schützen[93].

Ist dies aber das geschützte Rechtsgut, kann auch der Begriff der guten Sitten in § 1 UWG nur wettbewerbsbezogen zu verstehen sein. Die Sittenwidrigkeit muß sich also auf das geschäftliche Handeln, auf den Wettbewerbszweck, beziehen, d.h. gewerbliche Sittenwidrigkeit muß vorliegen[94], während irgendeine sittenwidrige Handlung eines Mitbewerbers nicht ausreicht. Die gewerbliche Sittenwidrigkeit muß objektiv feststellbar sein, und zwar nach den Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise, wobei es auf die Gesamtumstände des Wettbewerbsverstoßes ankommt[95]. Ausschlaggebend ist also der im Geschäftsverkehr angewendete und erwartete Anstand[96], der sich aus den gewerblichen Sitten ergibt. Das Verhaltensgebot an den einzelnen Gewerbetreibenden muß nämlich schon wegen des Grundsatzes der Positivität des Rechtes auf "Evidenzen" beruhen, auf "allgemein einsichtigen Maßstäben rechtlicher Korrektheit"[97]. Da die guten Sitten jedoch nicht einmal ein Minimum an rechtlich-konkretem Norminhalt aufweisen, das "interpretierbar" wäre, handelt es sich um einen

---

92) Ulmer in GRUR 1937, 769 (771), Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 34

93) Ulmer: Unlauterer Wettbewerb, Bd. I, EWG, S. 48 f, Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 35, Bussmann in GRUR 1957, 609, Hefermehl in GRUR 1957, 560, Simitis S. 47, Hubmann S. 41, BGH in GRUR 1955, 541 (542), "Bestattungsinstitut", BGH in GRUR 1957, 363 "Sunil".

94) Elster, Urheberrecht, S. 418, Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 33, Fuld S. 45, Heck in AcP 137, 95 (96), Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 7, Godin GRUR 1966, 127 (131).

95) BGH in GRUR 1955, 346 "Indeta", Callmann § 1 UWG Anm. 10 S. 135, Gamm S. 73, Finger S. 31, Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 76 a.M. Giesecke in GRUR 1950, 298

96) Droste in WRP 1964, 65 (66), Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 8, Hagen in Gruchot 52, 497 (498).

97) Esser in Festschrift für Rittler S. 13 (15).

typischen Verweisungsbegriff.
Sie sind auch kein generelles Analogieinstitut, das als Blankett für die Aufnahme anderer Norminhalte gedacht war, sondern sie verweisen auf die jeweils geltende Verkehrsanschauung, also auf etwas grundsätzlich Unnormierbares. Die guten Sitten sind deshalb ihrem Wesen nach nur durch unmittelbare Ermittlung der in der Rechtsgemeinschaft bestehenden "gesunden" Anschauungen und Übungen sinnerfüllbar[98].

Da die Sittlichkeit jedoch allein ein nicht fertig anwendbarer Rechtssatz ist, ist sie auch ungeeignet, erster oder alleiniger Beurteilungsmaßstab der wettbewerbsrechtlichen Verhaltensweisen zu sein. Die guten Sitten können also nicht, wie Elster meint[99] "Materialisierung und Projektion des Sittlichen in den menschlichen Verkehr" sein. Der Abstand zwischen Ethik und Recht muß nämlich deutlich spürbar bleiben[100], da eine Verschmelzung dieser beiden Säulen, wie Adolf Hitler sie in seiner Rede auf dem Leipziger Juristentag gefordert hatte, zu einer grenzenlosen Manipulierbarkeit des Rechts und damit zu Rechtsunsicherheit, nicht aber zu einer festen Verankerung des Rechts führt. Eine dauernde Berufung auf sittliche Werte muß, insbesondere, wenn sie im täglichen, kommerzialisierten Geschäftsleben erfolgt, eine Entwertung der Werte, eine "Entsittlichung" der Ethik mit sich bringen. Wird jedoch ein solcher Rückgriff auf "Werte" vermieden, entfällt auch die Gefahr einer Anerkennung genereller, willkürlicher Höherwertigkeiten, die sich oft nicht auf die Verfassung, sondern lediglich auf philosophische Spekulationen gründen[101]. Überdies ist der moralische Schuldvorwurf, der ein schlicht unerlaubtes geschäftliches Verhalten mit dem "Pathos der Unsittlichkeit" und einem "ethischen Makel" belegt, gerade im wirtschaftlichen Wettbewerb fehl am Platz[102]. Dem entspricht auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die den Sittenbegriff objektiviert, die Verweisung auf Ethos und Moral unterläßt und statt dessen sich lediglich auf den "verständig" und gerecht denkenden Durchschnittsgewerbetreibenden", auf die "gute kaufmännische Sitte" oder auf den "geschäftlichen Anstand"

---

98) so Leisner, Grundrechte und Privatrecht S. 364 ff.
99) Wettbewerbsrecht § 1 UWG Anm. 8.
100) Ulmer in JW 1932, 1888.
101) Leisner S. 393.
102) Rinck in Festschrift für das OLG Celle S. 168, Kraft S. 134 f, Lobe in Gruchot 72, 145 (147), Nipperdey in AcP 137, 66 (84).

beruft[103]. Es ist also davon auszugehen, daß die guten Sitten in § 1 UWG das "rechtlich relevante zwischenmenschliche Verhalten"[104] bedeuten und deshalb auf den Geschäftsbrauch auf dic "branchenorientierte Standessitte" verweisen[105], wobei bedeutsam ist, daß damit nur die "guten" Sitten apostrophiert werden, Unsitten oder abzulehnende Geschäftspraktiken aber ausscheiden. Dies ergibt sich schon daraus, daß die "Normen" der Sitte durch die Bezugnahme auf sie in der Blankovorschrift des § 1 UWG zu Rechtsnormen erhoben wurden[106]. Nach dem Willen des Gesetzgebers und aus dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung kann dies jedoch nur für solche Sittengesetze gelten, die mit den übrigen Rechtsvorschriften im Einklang stehen. Eine geschäftliche Unsitte kann schon deswegen nicht für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung eines Vorgangs maßgeblich werden. Ebensowenig können erschlaffende Standessitten, die etwa sogar den ethischen Minimalstandard verletzen, der für das menschliche Zusammenleben erforderlich ist, als Bezugspunkte und Maßstäbe dienen. In Zweifelsfällen und, wenn die Sittlichkeit höhere Anforderungen stellt als die Sitte, gehen die ethischen Gebote und damit die Auffassung der Allgemeinheit allerdings dem laxeren Branchenbrauch vor[107].

Ebenso entscheidet die Sittlichkeit etwa bei einem neuartigen gewerblichen Verhalten, das noch nicht an einer Standessitte gemessen werden kann[108]. Dies entspricht dem Gesetz der Subsidiarität der Ethik, das für die gesellschaftliche Kooperation im Bereich der Wirtschaft die Rechtsordnung des Staates voraussetzt[109].

---

103) BGH in GRUR 1959, 285, "Bienenhonig", BGHZ 3, 339 (342) "Rasierklingen".

104) Alois Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. II S. 923 Anm. 185.

105) so insbes. Rinck in Festschrift für das OLG Celle S. 170 f, wohl auch Ulmer, Unl. Wettbewerb, Bd. I, EWG, S. 41 f, Deiters, Diss. S. 42, Kirchberger S. 50.

106) Lobe in Gruchot 72, 145 (151).

107) Rinck, Festschrift für das OLG Celle, S. 171, Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 57, Reimann in WuW 1957, 621, ähnlich Ulmer in BB 1949, 542 f

108) Ulmer: Unl. Wettbewerb, Bd. I EWG, S. 42.

109) Messner: Ethik S. 410.

4) Der subjektive Tatbestand des Wettbewerbsverstoßes

Von der auf Wettbewerb gerichteten Absicht sind die Fragen scharf zu trennen, ob der Täter sich der Sittenwidrigkeit seines Verhaltens bewußt sein muß, und ob die Ansprüche aus § 1 UWG nur bei Verschulden, oder auch bei schuldlosem Handeln ausgelöst werden. Die wettbewerbsrechtliche Generalklausel geht von der objektiven Sittenwidrigkeit aus und verlangt ihrem Wortlaut nach kein Verschulden, da der Gesetzgeber glaubte, daß dieses im Begriff der Sittenwidrigkeit mitenthalten sei.

Objektiv sittenwidrig kann ein Verhalten auch dann sein, wenn der Verletzer nicht das Bewußtsein hat, sich im Widerspruch zu den guten Sitten zu befinden. Er wird dieses Bewußtsein umso weniger haben, und sich umso eher zu seinem Handeln berechtigt glauben, je stärker der wettbewerbliche Kampf ist, in dem er sich befindet. Auf der anderen Seite erfordert aber die Feststellung der Sittenwidrigkeit, daß der Verletzer den ganzen Sachverhalt, der sein Handeln unlauter erscheinen läßt, gekannt haben muß oder sich dieser Kenntnis entzogen hat[110]. Mindestvoraussetzung ist also lediglich, daß der Verletzer die Möglichkeit gehabt haben muß, die äußeren Umstände seines Handelns zu erfassen, ohne daß er sich der Sittenwidrigkeit seines Tuns bewußt sein brauchte. Erhält der Täter später Kenntnis von den wesentlichen Tatumständen, wird sein Handeln nach den Grundsätzen der mala fides superveniens vom Augenblick der Kenntniserlangung an sittenwidrig. Mit dem Sittenverstoß werden aber auch die Unterlassungsansprüche des Mitbewerbers ausgelöst. Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens reicht also hierfür aus[111].

Da nach einem anerkannten Grundsatz des deutschen Rechts von wenigen Ausnahmen abgesehen eine Schadensersatzhaftung nie ohne Verschulden eintritt, wird dieses von der herrschenden Meinung auch für den Ersatzanspruch nach § 1 UWG gefordert[112]. Ein fahrlässiger Verstoß gegen die

110) h.M. statt aller BGHZ 23, 184 (193), "Spalttabletten", Reimber S. 505, Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 82.

111) h.M. statt aller Ulmer, Unl. Wettbewerb, Bd. I EWG, S. 44.

112) h.M. Ulmer, Unl. Wettbewerb, Bd. I EWG, S. 44 f, Nerreter S. 50, Reimer S. 508, Kraft S. 145, Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 83, BGHZ 27, 264 (272) "Programmheft", a.M. jedoch Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 4: Ersatzpflicht auch ohne Verschulden.

guten Sitten genügt also[113]. Wer dabei in Kenntnis aller Tatumstände objektiv sittenwidrig i. S. von § 1 UWG handelt, den trifft grundsätzlich auch ein Verschulden[114].

Die Rechtswidrigkeit eines wettbewerblichen Verhaltens wird oft erst durch das Hinzutreten subjektiver Unrechtselemente begründet. Diese sind bei der Gesamtbeurteilung des Zusammenhanges beachtlich, müssen jedoch von der Sachverhaltskenntnis und dem Verschulden des Verletzers getrennt werden. Als subjektive Unrechtselemente sind erschwerende Umstände zu bezeichnen, die, wie verwerflicher Wettbewerbszweck oder Planmäßigkeit und Systematik des Vorgehens, in der Person des Handelnden liegen und die als unzulässiger "Rechnungsfaktor der Kalkulation"[115] sein Verhalten aus der Zone des Erlaubten in die Zone des Unerlaubten treten lassen[116]. Diese Erscheinung tritt im Wettbewerbsrecht häufig auf und ist beispielsweise bei der an sich zulässigen Preisunterbietung, beim Heranschleichen an fremde Verkehrsgeltung, wie überhaupt besonders im Behinderungswettbewerb zu finden.

5) Das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen

Andererseits ist es denkbar, daß besondere Gründe dem Wettbewerber sein unlauteres Verhalten als gerechtfertigt erscheinen lassen. Diese sogenannten Rechtfertigungsgründe lassen nach herrschender Meinung die Rechtswidrigkeit auch einer wettbewerblichen Beeinträchtigung entfallen[117]. Die Frage, ob bei ihrem Vorliegen das Verhalten nicht nur rechtmäßig, sondern darüber hinaus auch nicht sittenwidrig ist[118], kann für diese Arbeit dahinstehen, da sich aus ihrer Beantwortung keine rechtlichen Folgen für die hier behandelten Probleme ergeben. Maßgebliche Rechtfertigungsgründe können Notwehr und Notstand sein, besonders aber die Wahrnehmung berechtigter Interessen, deren Vorliegen jedoch an strenge Voraussetzungen zu knüpfen ist. Richtet sich jedoch die durch Rechtsbruch und dadurch erzielten Vorsprung begangene unlautere Wettbewerbshandlung gegen die Interessen aller Mitbewerber, ohne sich auf einen bestimmten Mitbewerber zu konkretisieren, so sind die

113) a. M. Schramm in GRUR 1961, 328 (333).
114) BGH in GRUR 1960, 144 (146) "Bambi".
115) Callmann in MuW 1929, 570 (571).
116) Ulmer, Unl. Wettbewerb, Bd. I EWG, S. 45 f, Bussmann in GRUR 1958, 491, Fikentscher, Preisunterbietung, S. 20, 43, Goerke in WRP 1955, 61, Benisch in WuW 1955, 421 (430), Schramm in GRUR 1940, 133 (139).
117) BGHZ 3, 270 (281) "Constanze I", Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm. 173.
118) so Kraft S. 137 f, Hubmann S. 244, a. M. Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 8, RG in GRUR 1929, 115

übrigen Mitbewerber nicht unter dem Gesichtspunkt der Abwehr berechtigt, ihrerseits gleichartige Gesetzesverstöße zu begehen[119].
Als Rechtfertigungsgrund wird darüberhinaus auch die Massenumgehung von Normen genannt, da es dem einzelnen Gewerbetreibenden nicht zugemutet werden könne, sich den Bindungen zu unterwerfen, die von seinen Mitbewerbern schon längst nicht mehr eingehalten werden. Überdies wird durch den Gesetzesverstoß auch kein Vorsprung begründet[120].

Ein Irrtum über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, insbesondere über Schwere, Notwendigkeit und Ausmaß des Wettbewerbsverstoßes kann jedoch dessen objektive Rechtswidrigkeit nicht beseitigen.

---

119) BGH in LM Nr. 90a zu § 1 UWG "Frachtenrückvergütung".

120) so insbes. Schramm in GRUR 1960, 197, Jossi S. 68, a.M. Fuld in JW 1925, 663, BGHZ 22, 167 (181) "Arzneifertigwaren"

IV. ÜBERBLICK ÜBER DIE GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG DES PROBLEMS

Entsprechend der liberalen Wirtschaftsauffassung am Ende des 18. Jahrhunderts griff der Gesetzgeber erst spät und zögernd mit einem Schutz vor unlauteren Geschäftsmethoden in das Wirtschaftsleben ein[121]. Lang hatte man noch geglaubt, unlauteren Wettbewerb mit allgemeinen Normen bekämpfen und auf Sonderregelungen verzichten zu können, die Rechtsprechung wandte jedoch die Deliktregeln des bürgerlichen Rechts nur sehr vereinzelt auf Wettbewerbstatbestände an[122]. Als dann doch am 27. Mai 1896 das "Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs" in Kraft trat, erschöpfte es sich in kasuistischer Aufzählung verschiedener unerlaubter Geschäftspraktiken. Dementsprechend wurde auch in einer im gleichen Jahr erschienenen Kommentierung dieses Gesetzes bei Außerachtlassung von Normen durch Konkurrenten lediglich auf die Sanktionen des verletzten Gesetzes verwiesen[123], da diese Gesetzesverstöße nicht unter das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs fallen würden.

Jedoch plädierte bereits Adolf Lobe im Jahre 1907 dafür, auch Gesetzesverletzungen außerwettbewerbsrechtlicher Natur zu unlauteren Wettbewerbshandlungen zu stempeln und sie entsprechenden Sanktionen zu unterstellen[124]. Er führte dabei das anschauliche Beispiel des Schmugglers an, der zollpflichtige Waren billiger vertreibt und dadurch seine redlichen Mitbewerber ebenso schädigt, als wenn er seinen Umsatz durch Irreführung der Kunden erhöhte. Als am 7. Juni 1909 das UWG mit seiner Generalklausel in Kraft trat, waren die Voraussetzungen geschaffen, auch - zumindest unter bestimmten Umständen - Gesetzesverstöße als unlauteren Wettbewerb verfolgen zu können. Die Rechtsprechung zögerte jedoch noch, die Generalklausel, die sich inzwischen auch ohne Aufgliederung oder Aufsplitterung in der Praxis durchaus bewährt hat[125], auch auf diese Fälle anzuwenden.

Der Kommentar von Ludwig Fuld[126] zum UWG erwähnt den Fragenkomplex überhaupt noch nicht und geht auf ihn auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Gesetzeskonkurrenz zwischen kriminellem Unrecht und unlauterem

121) Wirner S. 42.
122) Ulmer, Unl. Wettbewerb, Bd. I EWG, S. 8.
123) C. Hauss, S. 9 und 24.
124) Lobe S. 63 f.
125) Ulmer in GRUR 1937, 771, Fikentscher: Wettbewerb, S. 7.
126) 3. Auflage 1910.

Wettbewerb ein. Dagegen verstößt nach Ansicht des etwa zur gleichen Zeit erscheinenden Kommentars von Christian Finger[127] der Verkauf von Waren entgegen polizeilichem Verbot noch nicht schon als solcher gegen die guten Sitten. Etwas anderes könne allerdings bei Verstoß gegen das Ladenschlußgebot und die Sonntagsruhe[128] gelten.

Das - soweit ersichtlich - erste veröffentlichte Urteil, das sich mit der Frage nach den wettbewerbsrechtlichen Folgen von Gesetzesverstößen befaßt, wurde am 19. Mai 1910 vom OLG Hamburg erlassen[129]. Ein Drogist hatte Arzneien verkauft, deren Vertrieb nach einer kaiserlichen Verordnung den Apotheken vorbehalten war. Die gegen ihn gerichtete Klage eines Apothekers wurde jedoch als unbegründet abgewiesen, da in der Übertretung eines derartigen Verbots, auch wenn das Publikum selbst nicht geschädigt wird, kein Verstoß gegen die guten Sitten, sondern nur eine Ordnungswidrigkeit zu sehen sei. Die Gerichte stellten demnach darauf ab, ob der Gesetzesverstoß im Sinne des § 1 StGB als Verbrechen, Vergehen, oder nur als Übertretung oder Ordnungswidrigkeit zu klassifizieren war. Nur den ersteren kam nach der damaligen Auffassung eine so starke Intensität zu, daß sie ohne weiteres auch als Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen waren. Folgerichtig gab der 7. Zivil-Senat des Kammergerichts bereits ein Jahr nach der Hamburger Entscheidung einer Klage statt, die sich darauf stützte, daß der Beklagte entgegen § 286 II StGB eine nichtgenehmigte Ausspielung betrieb und dadurch ein Vergehen beging[130]. Auch das Reichsgericht befaßte sich in dem gleichen Jahr mit dieser Frage[131], wies aber eine Unterlassungsklage gegen einen Arzneien verkaufenden Drogisten ab, da dem klagenden Apotheker das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Der Verstoß sei nämlich in vorliegendem Fall bereits nach § 367 Nr. 3 StGB unter öffentliche Strafe gestellt. Immerhin verwies es ihn aber auf eine Schadensersatzklage und gab zu, daß "ein fortgesetztes vorsätzliches Zuwiderhandeln gegen ein Verbotsgesetz, wenn es mit einer vorsätzlichen Benachteiligung anderer verbunden ist, in vielen Fällen als gegen die guten Sitten ... verstoßend angesehen werden" und so den Tatbestand des § 1 UWG erfüllen kann. Nur 9 Wochen

---

127) 4. Auflage 1911, S. 31 RdZf. 9 aE.
128) a.a.O. S. 38 RdZf. 26.
129) in "Recht" 1910 Nr. 3175.
130) KG in OLGR XXIII, 386 vom 13. Mai 1911.
131) RGZ 77, 217 = RG in JW 1911, 981 Nr. 15 vom 28. September 1911.

später dekretierte das Reichsgericht, daß die Frage, ob eine Handlung gegen die guten Sitten verstößt, nicht davon abhänge, ob der Handelnde dies überhaupt oder zu der betreffenden Zeit oder an dem betreffenden Ort nicht soll und ob er sich, wenn er es dennoch tue, strafbar mache[132]. Es wies in dem zitierten Urteil die Klage gegen eine Genossenschaft aber schon deshalb ab, weil ihr der Abschluß ihrer Lieferverträge nicht nach §§ 1, 149 GenG gesetzlich verboten sei.

Um die Problematik der wettbewerbsrechtlichen Sanktionen von Gesetzesverstößen entstand nunmehr eine größere Stille - so weit ersichtlich, werden 8 Jahre lang keine einschlägigen Urteile mehr darüber veröffentlicht. Das Reichsgericht sah in seiner Höchstpreis-Entscheidung vom 5. Dezember 1916[133] die Verletzung von Preisvorschriften lediglich unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB nicht als sittenwidrig an und wies dabei darauf hin, daß dieses Gesetz aus Gründen ordnender Zweckmäßigkeit ergangen sei. Das war der Stand der Meinungen, als Kohler 1914 seine Schrift "der unlautere Wettbewerb" veröffentlichte. Drei Komplexe griff er heraus: Schleuderpreise, die durch unlautere Mittel erzielt werden[134], Unlauterkeit durch Diebstahl, Unterschlagung oder Schmuggel von Waren sowie Erpressung, Drohung und Täuschung der Konkurrenten und des Publikums[135], und der Betrieb eines Gewerbes ohne die erforderliche gewerberechtliche Konzession oder über deren Schranken hinaus[136]. Zur Beurteilung der Unlauterkeit dieser Tatbestände verlangt er eine ad-hoc-Betrachtung: ohne Vor- und Rückschau soll lediglich auf die "Verkehrshandlung" selber abgestellt werden, denn wenn diese unantastbar sei, könne auch das vorhergegangene noch so verwerfliche Tun nicht mehr weiter in Betracht kommen. Ein Zurückgehen auf die vorausgehende Tätigkeit sei schon deswegen ausgeschlossen, weil es zu einer unerträglichen Durchforschung der ganzen Produktionsmethode führen würde[137]. Bei der Verletzung gewerberechtlicher Konzessionsbestimmungen differenziert er jedoch sehr subtil, ob diese zugunsten der Mitbewerber oder des Publikums gesetzt sind. Nur im ersten Fall käme unlauterer Wettbewerb in Betracht, da sich die Mitbewerber nur die gesetzlich statthafte Konkurrenz

132) RG in JW 1912, 254 vom 8. Dezember 1911.
133) RGZ 89, 196.
134) Kohler S. 30.
135) Kohler S. 32 und S. 273.
136) Kohler S. 103.
137) Kohler S. 30 f.

gefallen zu lassen brauchten[138].

In den Jahren des ersten Weltkrieges wurden dann Verstöße gegen Preisvorschriften, insbesondere gegen das Höchstpreisgesetz, als Inbegriff der Sittenwidrigkeit angesehen, da es ethisch besonders verwerflich sei, "um des privaten Vorteils willen im Augenblicke einer nationalen Gefahr den Bestrebungen zum Schutze des Vaterlandes in den Rücken zu fallen"[139]. Noch lange wußte die Rechtsprechung mit dem Beurteilungsmaßstab der Sittenwidrigkeit nicht recht umzugehen, sie zögerte und beschränkte sich darauf, Einzelfälle nach ihrem jeweiligen wettbewerbsrechtlichen Unrechtsgehalt zu entscheiden, ohne allgemeine Richtlinien herauszuschälen[140]. Als das OLG Jena jedoch entschied[141], ein Verstoß gegen gewerbepolizeiliche Vorschriften (hier § 32 GewO) enthalte auch dann nicht notwendig eine Sittenwidrigkeit, wenn er mit einer vorsätzlichen Benachteiligung der Mitbewerber verbunden war, meldete Alfred Rosenthal[142] Bedenken an. Er machte geltend, daß Strafschutz in einem solchen Falle für den verletzten Mitbewerber geradezu hinderlich wäre und man ihm auch bei leichteren Vergehen und Übertretungen die Unterlassungsklage nach §§ 1, 13 UWG gewähren müsse.

Dem schloß sich später Nipperdey an, der die Beschränkung auf den strafrechtlichen Schutz der Mitbewerber nicht nur hinderlich, sondern einfach auch nicht so wirkungsvoll fand, "wie wenn der Zuwiderhandelnde eine Unterlassungsklage mit der Rechtsfolge der Kostentragung fürchten müßte"[143].

Das Reichsgericht setzte jedoch zunächst die begonnene Rechtsprechung fort und beurteilte den Betrieb eines Gewerbes ohne die vorgeschriebene Genehmigung so, als wenn die Genehmigung vorhanden gewesen wäre und fragte von diesem Standpunkt aus, "ob der Wettbewerb, wie er betrieben

138) Kohler S. 103.

139) so OLG Naumburg a.S. zu § 138 BGB. Das Urteil wurde jedoch vom RG am 5. Dezember 1916 (RGZ 89, 196) aufgehoben, da eine Gefährdung nationaler Interessen nicht gegeben sei. Wenn sie allerdings vorlägen, sei der Gesetzesverstoß auch sittenwidrig i.S. des § 138 BGB.

140) Almenräder S. 2, Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm. 11.

141) Urteil vom 26. Juli 1919 in JW 1919, 942.

142) JW 1919, 942.

143) Nipperdey in AcP 137, 66 (79).

worden ist, als unlauter bezeichnet werden kann"[144]. Naturgemäß kam es zu einer Verneinung dieser Frage, wie es überhaupt mit dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit in einem für die heutige Zeit ungeahnten Maße zurückhaltend war. Nicht einmal in dem Umstand, daß die verletzte Norm allein zum Schutze der Allgemeinheit geschaffen war, sah es zunächst einen Verstoß gegen die guten Sitten[145]. Die Tendenz ging dahin, den Gesetzesverstoß weniger als Indiz der Sittenwidrigkeit zu betrachten, als diese auch dann anzunehmen, wenn auch ohne Gesetzesverletzung die Handlung ihrer ganzen Intensität nach so wettbewerbsfremd war, daß es auf das Vorliegen des Gesetzesverstoßes gar nicht mehr ankam[146].

In dem angeführten Urteil[147] stellte das Kammergericht als Berufungsgericht zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit erstmals nicht mehr auf die Höhe der angedrohten Strafe, sondern auf den Inhalt der verletzten Norm ab. Diese Anregung griff das Reichsgericht im "Kokain-Urteil"[148] auf und führte aus, die Überschreitung eines Einfuhrverbotes verstoße nur dann gegen die guten Sitten (i. S. des § 138 BGB), wenn dieses aus gesundheitspolitischen Gründen ergangen sei. Ein Sittenverstoß läge aber nicht vor, wenn die Vorschrift sich lediglich auf handelspolitische Überlegungen gründe. Diese Differenzierung würde immer häufiger angewendet, um bei der Verletzung von Gesetzen, deren Zweck der Schutz der Allgemeinheit ist, auch ohne das Vorliegen besonderer und erschwerender Umstände prüfen zu müssen, zur Bejahung des Sittenverstoßes i. S. des § 1 UWG kommen zu können[149]. Obwohl noch viele Gerichte, darunter auch das Reichsgericht, die Trennung nicht immer beachteten oder gar weiterentwickelten, sondern

---

144) RG in JW 1924, 297 vom 23. Oktober 1923 "Stellenvermittlung".

145) RGZ 115, 319 vom 7. Dezember 1926.

146) besonders deutlich in RGZ 117, 16 = JW 1927, 1636 vom 12. April 1927 "Tariflohn" mit zustimmenden Anmerkungen von Hueck und Nipperdey in JW 1927, 2366, ablehnend Meissinger in "Der Arbeitgeber" 1927, 289.

147) RGZ 117 , 16 (20).

148) RG in JW 1927, 2288 = MuW 1927/28, 98 vom 24. Juni 1927 mit zustimmender Anmerkung von Hoeniger in JW 1927, 2288.

149) so z. B. OLG Düsseldorf in JW 1929, 3094 vom 14. Februar 1929 "Milchmann", RG in MuW 1932, 83 vom 13. November 1931 "Lebensmittelverkauf", RGZ 166, 315 vom 7. April 1941 "Immobilienmakler".

statt dessen auf allgemeine Kriterien abstellten[150], fand die differenzierende Rechtsprechung in der Literatur bereits schnell Beifall. So stimmte dieser Theorie etwa Rudolf Callmann[151] zu, der nicht nur in der Verletzung von Normen, die dem Schutz des Lebens und der Gesundheit dienen, sondern auch von solchen, die "selbst eine dem Anstandsgefühl entsprechende Forderung" stellen, ohne weiteres einen wettbewerbsrechtlichen Verstoß gegen die guten Sitten sah. Callmann war jedoch insofern nicht ganz konsequent, als er annahm, selbst die Verletzung von Gesetzen, die dem Allgemeinwohl dienten, führe nicht notwendig zur Unlauterkeit der Wettbewerbshandlung[152].

Ulmer griff diese Differenzierung in gesundheitspolitische und handelspolitische Normen scharf an[153] und wandte sich insbesondere dagegen, die Frage, ob ein Kaufvertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB nichtig sei, mit der Frage zu verwechseln, ob ein wettbewerbsrechtlicher Sittenverstoß vorliege. Auch ein Verstoß gegen gesundheitspolitische Gesetze führe erst dann zur Unlauterkeit, wenn gleichzeitig ein Angriff auf die Mitbewerber vorliege. Dieser dürfe auch nicht nur darin bestehen, daß lediglich ein weiteres Konkurrenzunternehmen betrieben werde, in dem Wettbewerbshandlungen vorgenommen würden. Unlauterer Wettbewerb sei erst bei durch Gesetzesverstoß ermöglichtem Unterbieten von Konkurrenten, oder bei Ausnutzung der Gesetzestreue der Mitbewerber denkbar, unmöglich liege er aber allein schon in dem Außerachtlassen gesundheitspolitischer Gebote.

---

150) z.B. auf das angewendete Mittel in RG in JW 1929, 1211 vom 25. Januar 1929 mit zustimmenden Anmerkungen von Elster in JW 1929, 1569 und Seligsohn in JW 1929, 1579, auf den Wettbewerbszweck der Handlung und den erstrebten Vorsprung in OLG Breslau in JW 1931, 1500 vom 2. März 1931 mit Zustimmung angeführt bei Becher S. 56 Randnummer 60 und auf die verwerfliche Absicht in OLG Stuttgart in JW 1933, 2294 = HRR 1933, 1683 vom 21. Februar 1933 und in OLG Oldenburg in JW 1934, 1129 vom 23. Februar 1934 mit zustimmender Anmerkung von Herschel a.a.O.

151) Kommentar zum UWG, 1932, S. 61.

152) a.a.O. S. 62.

153) Anmerkung in JW 1929, 3095 zu OLG Düsseldorf in JW 1929, 3094 "Milchmann".

Kurze Zeit später stellte Ulmer in einem vielzitierten Passus seiner "Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht"[154] fest, der Gleichheitsgrundsatz habe "wettbewerbsrechtlich normierende Kraft", da er Normen, die zwar nicht dem Wettbewerbsrecht angehörten, die aber dennoch für alle Mitbewerber verbindlich seien, zu wettbewerbsrechtlicher Bedeutung erhebe. Erziele der Konkurrent durch Verletzung einer solchen Norm einen Vorsprung, so mache dieser seine Handlung wettbewerbsrechtlich unerlaubt. Nur in diesem Fall sei die par condicio concurrentium erschüttert und könne durch eine Klage der Mitbewerber wiederhergestellt werden.

Trotz dieser Einwendungen von Ulmer sowie anderer Gegenstimmen[155] setzte sich die angeführte Rechtsprechung immer mehr durch und wurde schließlich noch dadurch differenziert, daß jetzt die Unlauterkeit der Handlung ohne weiteres bei jedem Verstoß gegen ein Gesetz angenommen wird, das Ausdruck eines sittlichen Gedankens oder einer ethischen Wertung ist. Wird jedoch eine sogenannte wertneutrale Norm verletzt, ergäbe sich die Sittenwidrigkeit erst aus dem Hinzutreten besonderer Umstände, wie etwa erzieltem Vorsprung, Planmäßigkeit oder Verwerflichkeit des angewandten Mittels etc. Maßgebend für die Beurteilung sei der materielle Unrechtsgehalt der verletzten Vorschrift[156]. Auch der BGH schloß sich dieser Meinung, die inzwischen als herrschend zu bezeichnen ist, an. Er tat dies zunächst zurückhaltend[157], vertritt jedoch zumindest seit seinem "Arzneifertigwaren"-Urteil[158] diese Ansicht in ständiger Rechtsprechung[159].

---

154) S. 23 f.

155) Rudloff-Blochwitz S. 261, Becher § 1 UWG RandNr. 60, Elster, Urheberrecht S. 418, Spengler, Diss. S. 70.

156) so insbesondere Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 342-348, Almenräder S. 15 ff, 24 ff, Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 33, 71, Gamm S. 218, Hubmann S. 254 f, Schramm in GRUR 1961, 328 f, Tetzner, Kommentar, § 1 UWG Anm. 38.

157) BGH in NJW 1956, 749 vom 17. Januar 1956 "LA-Sachen".

158) BGHZ 22, 167 = GRUR 1957, 131 vom 16. November 1956.

159) BGHZ 23, 184 "Spalttabletten", BGH in GRUR 1957, 558 "Bayern-Expreß" in GRUR 1957, 606 "Heiltee" in WuW 1960, 193, "Elektrogeräte", in GRUR 1960, 193 "Frachtenrückvergütung", in GRUR 1963, 536 "Iris", in GRUR 1963, 578 "Sammelbesteller", in GRUR 1964, 269 "Grobdesin", in GRUR 1965, 373, "Blockeis II", BGHZ 45, 2 "Ratio", BGHZ 46, 306 "Spezialsalz".

Sie stieß auf keine nennenswerte Kritik, diese wurde vielmehr höchstens mittelbar geübt, etwa indem ihr eine andere, beispielsweise engere Formulierung entgegengehalten wurde. So meinen Godin-Hoth[160], nur wer sich bewußt über ein Gesetz hinwegsetzte, um einen Vorsprung vor den Gesetzestreuen zu erlangen, handele immer sitten- und damit wettbewerbswidrig[161].

160) § 1 UWG Anm. 18.

161) Ebenso Alois Troller, Immaterialgüterrecht Bd. II S. 921 und Spengler, Die Reformbedürftigkeit der Wettbewerbsordnung Dissertation 1939, S. 72.

V. DARSTELLUNG DER HERRSCHENDEN MEINUNG

1) Der Verstoß gegen eine außerwettbewerbsrechtliche Norm

a) Der Gleichheitsgrundsatz: par condicio concurrentium

Im Wettbewerb herrscht das Leistungsprinzip: die individuelle Tüchtigkeit des Wettbewerbers soll allein entscheidend sein. Vergleichbar kann die Leistung der Konkurrenten jedoch nur dann sein, wenn sie unter gleichen Bedingungen erbracht wurde. Die Teilnahme am Wettbewerb findet zwar niemals unter genau gleichen Startpositionen statt, da Lagepräferenzen, technische, menschliche und finanzielle Ausstattung der Betriebe immer Unterschiede ergeben werden. Diese Ungleichheiten können jedoch in der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung nicht berücksichtigt werden, da sie in der Person des einzelnen Wettbewerbers begründet sind und da der Leistungswettbewerb auf einen Vergleich des erzielten und des angebotenen Ergebnisses, und nicht der Tätigkeit als solcher abstellt.

Ein solcher Leistungsvergleich ist jedoch nur dort möglich, wo sich die einzelnen Konkurrenten in ihrem Wettbewerb an die sie alle gleichermaßen bindenden Schranken halten. Das sind in erster Linie für alle geltende gesetzliche Vorschriften, die durch den von Ulmer herausgestellten Gleichheitsgrundsatz[162)] mit normierender Kraft zu wettbewerbsrechtlicher Bedeutung erhoben werden. Aus dem Gleichheitssatz selber ergibt sich zwar noch kein direkter Unterlassungsanspruch der Mitbewerber gegen den Rechtsbrecher[163)], da die Drittwirkung des Gleichheitssatzes nicht so weit reicht. Durch die Verletzung der für alle geltenden Bindungen wird aber die von ihnen geschaffene par condicio concurrentium zerstört, was sich auch auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung auswirkt. Übertritt beispielsweise ein Mitbewerber planmäßig das Gesetz über den Ladenschluß, um sich dadurch einen Vorsprung zu sichern, so wird sein Verhalten als sittenwidrig beurteilt. Dasselbe gilt auch bei den Anordnungen der Leiter der nationalsozialistischen Hauptwirtschaftsgruppen[164)]. Diesen Anordnungen kam zwar keine Gesetzeskraft zu, sie banden jedoch alle Mitbewerber gleichermaßen.

---

162) Sinnzusammenhänge, S. 23.
163) Meyer-Cording in Festschrift für Nipperdey 1965 S. 537 (550).
164) RG in GRUR 1938, 849 und 1941, 339.

Daraus wird gefolgert, daß Voraussetzung des wettbewerbsrechtlichen Unwerturteils sei, daß die verletzte Norm für alle Mitbewerber Geltung besitzt. Werde hingegen nur einzelnen von ihnen aus bestimmten Gründen Schranken auferlegt, so könne ihre Verletzung keine wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit nach sich ziehen[165]. Zur Begründung weisen die Verfechter dieser Meinung darauf hin, daß die nur für einzelne Wettbewerber geltende Norm keine par condicio concurrentium erzeuge. Auch Art. 1 II lit. h des Schweizerischen UWG disqualifiziere nur den Bruch solcher Arbeitsbedingungen, die auch dem Mitbewerber auferlegt seien.

Diese Ansicht lehnte der Bundesgerichtshof jedoch in einem neueren Urteil ab[166], in dem er den nach der Gemeindeordnung verbotenen Wettbewerb einer Gemeinde zu privaten Unternehmen zu untersuchen hatte. Ein Sittenverstoß sei nämlich auch dann gegeben, wenn das verletzte Gesetz zwar nur den Verletzer binde, dessen Mitbewerber aber schützen wolle.

b) Konkurrenz der verletzten Normen und vorausgehender Gesetzesverstoß

Kohler[167] vertrat noch die Meinung, das der Wettbewerbshandlung vorausgehende Verhalten sei wettbewerbsrechtlich nicht erheblich. Ein Zurückgehen auf die frühere Tätigkeit sei regelmäßig ausgeschlossen, da die Beurteilung eines Sittenverstoßes nur hic et nunc zu erfolgen habe. Ulmer wandte sich bereits 1932 gegen diese Auffassung[168], da sie im Zeichen eines modernen kollektivierenden Denkens und einer zunehmenden Bewertung des Allgemeininteresses an einem lauteren Wirtschaftsleben nicht zu halten war. Zur Feststellung der Sittenwidrigkeit einer Handlung müssen vielmehr alle Umstände des Falles, das Gesamtverhalten des Wettbewerbers, herangezogen und geprüft werden. Auch Tatsachen, die zeitlich vor der Wettbewerbshandlung liegen, können demnach unter Umständen zur Beurteilung ihrer Zulässigkeit verwendet werden[169]. Es ist deshalb zu unterscheiden, ob die Wettbewerbshandlung selbst ein Gesetz verletzt oder ob sie durch einen vorausgehenden Normverstoß erst gefördert oder ermöglicht wird. Untertarifliche Bezahlung von Arbeitern kann beispielsweise zur Senkung der

165) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 345, Almenräder S. 32 ff.
166) GRUR 1965, 373 "Blockeis II", vom 12. Februar 1965.
167) S. 30 f.
168) Sinnzusammenhänge S. 25 f.
169) BGHZ 28, 54 (67) "Direktabsatz", RGZ 117, 16 "Tarifbruch".

Produktionskosten und zum Unterbieten der Konkurrenz führen[170]. Der Bruch des allgemein verbindlichen Tarifs ermöglicht so den nachfolgenden Wettbewerbsverstoß. Ebenso ist der Verkauf geschmuggelter Ware unlauter, da der Händler durch den Gesetzesverstoß, der im Rahmen der Gesamtbetrachtung Berücksichtigung finden muß, einen ungerechtfertigten Vorsprung vor seinen Mitbewerbern erhält[171], durch den zwar nicht seine Leistung, aber der Wettbewerb als solcher verfälscht wird.
Andererseits ist die Aufnahme von Fahrgästen durch einen Omnibus ohne die erforderliche Genehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz[172] ein wettbewerbliches Verhalten, das sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG ist und zugleich gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen verstößt. Ebenso liegt es bei der Konkurrenz von Wettbewerbsrecht und Lebensmittelrecht, die in der Praxis eine große Rolle spielt, da kaum Fälle denkbar sind, in denen ein Verstoß gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften nicht auch ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäß §§ 1 und 3 UWG nach sich ziehen kann[173]. So verletzt die Bezeichnung "Eis-Praline" für ein nicht schokoladehaltiges Produkt sowohl die Kakaoverordnung als auch § 3 UWG[174]. Hier liegt eine Kollision von Normen verschiedener Rechtsgebiete vor, unter denen kein Rangverhältnis feststellbar ist. Sie stehen zueinander auch nicht im Verhältnis der speziellen zur allgemeinen oder der früheren zur späteren Vorschrift und sind deshalb selbständig nebeneinander anwendbar[175], das Konkurrenzproblem wird durch eine "Kumulation der Sanktionen" gelöst[176]. Es kann zwar nicht Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechtes sein, eine Doppelbestrafung desselben gesetzwidrigen Verhaltens herbeizuführen, es bleibt aber dennoch bei der Folge, daß neben der verletzten außerwettbewerbsrechtlichen Norm auch § 1 UWG herangezogen werden kann, da der Gewerbetreibende vor dem durch Rechtsbruch erzielten Vorsprung seiner

---

170) OLG Stuttgart in HRR 1933, 1683; RGZ 117, 16.
171) Lobe S. 65, angedeutet auch bei Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 231; a.M. jedoch Callmann, Komm. Einleitung S. 61 und Almenräder S. 62, da die Art des Erwerbs der Ware nicht zum Vergleich stehe und andere Umstände der Leistung vom Zollvergehen unberührt blieben. Almenräder folgend auch Hefermehl in Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 348.
172) BGH in GRUR 1957, 558 "Bayern-Expreß".
173) Nerreter in GRUR 1958, 34.
174) BGH in GRUR 1958, 492 mit Anm. von Moser v. Filseck.
175) Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 10 ff, 293, Lent, Gesetzeskonkurrenz, S. 76.
176) Ulmer, Unl. Wettbewerb, Bd. I EWG S. 76.

Mitbewerber Schutz verdient. Der Wettbewerber kann sich nämlich nur dann auf eine Verletzung einer außerwettbewerbsrechtlichen Vorschrift durch seinen Mitbewerber berufen, wenn diese ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB ist. Verbanden bleibt jedoch auch diese Möglichkeit versagt, so daß nur der Weg über §§ 13, 1 UWG sich als gangbar erweist[177].

Zu beachten ist jedoch, daß nicht etwa der Gesetzesverstoß für sich allein schon die Sittenwidrigkeit der Wettbewerbshandlung indiziert, für die er kausal war. Wäre dies der Fall, läge das unhaltbare Ergebnis vor, daß praktisch jeder Verstoß gegen außerwettbewerbsrechtliche Bindungen, der zugleich ein bestimmtes wettbewerbliches Verhalten fördert oder ermöglicht, zugleich dessen Sittenwidrigkeit bewirkt. In die Beurteilung eines Wettbewerbsverstoßes ist jedoch auch die vorausgegangene Gesetzesverletzung und damit das Gesamtverhalten des Wettbewerbers mit einzubeziehen, da die Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG nicht isoliert festgestellt werden kann. Die Tatsache, ob die Gesetzesverletzung gleichzeitig mit der Wettbewerbshandlung vorgenommen wurde, oder ob sie ihr zeitlich vorausgeht, bildet demnach für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung lediglich eine formale Variante, die im Ergebnis nicht entscheidend sein kann[178]. Der Konkurrenz von außerwettbewerbsrechtlicher Norm zur Wettbewerbsnorm kommt deshalb als einer für die Betrachtung nicht ausschlaggebenden Fallmodalität keine weitere Bedeutung zu.

c) Die verletzte Norm ist Ausdruck sittlicher Wertung

Die Frage nach der Sittenwidrigkeit eines Gesetzesverstoßes bedürfte keiner Erörterung, wenn ein gesetzwidriges Verhalten immer auch zugleich sittenwidrig wäre. Dies ist jedoch nach allgemeiner Meinung nicht der Fall[179]. Zur Begründung wird zutreffend auf den Gegensatz zwischen § 138 und § 134 BGB verwiesen. Die Nichtigkeit würde sich bereits direkt aus § 138 BGB ergeben, wenn jede Gesetzesverletzung die Sittenwidrigkeit in sich schlöße. Außerdem kennt § 134 BGB, nicht aber § 138 BGB, eine Ausnahme von der Rechtsfolge der Nichtigkeit für den Fall, daß sich aus dem verletzten Gesetz etwas anderes ergibt.

177) BGH in GRUR 1958, 32 "Haferschleim".
178) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 348.
179) statt aller: BGH in GRUR 1965, 373 (375) "Blockeis II", in LM Nr. 90a zu § 1 UWG "Frachtenrückvergütung", Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 342, Almenräder, S. 14, Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 70.

Diese Differenzierung im bürgerlichen Recht findet auch im Wettbewerbsrecht in sachlichen Überlegungen ihre Stütze. Ein einmaliger Verstoß gegen Preistarife, eine einmalige Aufnahme von Fahrgästen durch einen nicht zum Linienverkehr zugelassenen Omnibus verstößt noch nicht gegen die guten kaufmännischen Standessitten und ist deshalb auch nicht unlauter im Sinne des § 1 UWG. Diesen Gesetzesverstößen fehlt noch jede wettbewerbsrechtliche Intensität, sie sind weder von Planmäßigkeit getragen noch bringen sie dem Handelnden einen Vorsprung gegenüber seinen Mitbewerbern[180]. Die Unlauterkeit eines gesetzeswidrigen Verhaltens kann hingegen erst dann angenommen werden, wenn es durch verschiedene hinzutretende Momente den Mitbewerbern nicht mehr zugemutet werden kann.

Dies läßt die herrschende Meinung jedoch nur dann gelten, wenn ein Verstoß gegen eine sogenannte "wertneutrale" Norm wettbewerbsrechtlicher Beurteilung unterliegt. Eine solche wird in allen Vorschriften gesehen, die lediglich "Ausdruck ordnender Zweckmäßigkeit" sind und daher auch nur verwaltungs- oder wirtschaftspolitische Ziele im weitesten Sinne verfolgen[181].

Ist jedoch die verletzte Norm "sittlich-rechtlich fundiert", ist sie also Ausdruck sittlicher Prinzipien oder Anschauungen, so zieht der Gesetzesverstoß nach herrschender Meinung auch die Sittenwidrigkeit nach sich. Das gesetzwidrige Verhalten widerspreche nämlich selbst dem sittlichen Bewußtsein, so daß für das wettbewerbsrechtliche Unwerturteil auf das Hinzutreten weiterer Umstände verzichtet werden könne[182]. Für die Beurteilung maßgebend sei der materielle Unrechtsgehalt der verletzten Norm, wobei allerdings Verstöße gegen Strafvorschriften noch nicht ohne weiteres wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit nach sich zögen. Sie seien jedoch dann sittenwidrig, wenn es sich um sittlich verwerfliches Unrecht und nicht lediglich um eine Ordnungswidrigkeit mit verwaltungstechnischer oder wirtschaftspolitischer Zielsetzung handele. Der sittlich-rechtliche Charakter dieser Normen dürfe allerdings nicht völlig zurücktreten, wenn sie verschiedene Ziele verfolgten

---

180) so auch im wesentlichen Callmann in MuW 1929, 570 (571).

181) Almenräder S. 14 f, Baumbach-Hefermehl § 1 UWG A 344, Schramm in GRUR 1961, 328 f, BGH in GRUR 1960, 240, "Süßbier".

182) Almenräder S. 16, Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 343, Heydt in GRUR 1964, 272, Hefermehl in GRUR 1957, 560, BGH in GRUR 1964, 269 (271) "Grobdesin", in GRUR 1963, 536 (538) "Iris".

und ihnen sowohl ethische Prinzipien als auch Erwägungen ordnender Zweckmäßigkeit zugrunde lägen.

Per se sittenwidrig sei auch, wenn sich der Wettbewerber über lebenswichtige Grundsätze der bestehenden Rechts-, Wirtschafts- und Sozialordnung hinwegsetze, um aus dem Wettbewerb Vorteile zu ziehen. Allerdings sei die sittlich-rechtliche Fundierung einer Norm nicht mit der Schutz der Allgemeinheit gleichzusetzen. Werden durch eine Wettbewerbshandlung allgemeine Interessen gefährdet oder geschädigt, habe dies noch keinen Einfluß auf die Beurteilung nach § 1 UWG. Dieses Gesetz wolle nämlich allgemeine Belange nur in seinem eigenen Wirkungskreis schützen[183].

In den meisten Fällen seien jedoch die Interessen der Allgemeinheit sittlich fundiert, da sie sich als Ausfluß moralisch-ethischer Erwägungen darstellten, die den Bestand des Staates, des Volkswohls oder der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gewährleisten wollten. Diese Gedanken konkretisierten sich vornehmlich bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Verstößen gegen gesundheitspolitische Vorschriften[184], wie sie zum Beispiel die frühere Heilmittelwerbeverordnung (HWVO) beinhaltete. Die materiellen Bestimmungen dieser Verordnung sollen sogar schon "Gemeingut der sittlichen Anschauungen der Durchschnittsgewerbetreibenden" geworden sein, so daß unabhängig von Zweifeln an ihrer Rechtsgültigkeit § 1 UWG in den meisten Fällen unmittelbar angewendet werden könne[185].

Wenn die Rechtsprechung - soweit ersichtlich - diesem Ratschlag auch noch nicht folgte, stand sie doch fest auf dem Boden der Lehre, bei der Beurteilung eines Sittenverstoßes durch Verletzung von Normen sei es beachtlich, ob diese Ausdruck ethischer Überlegungen oder lediglich ordnender Zweckmäßigkeit seien. Der Bundesgerichtshof und etliche Oberlandesgerichte hatten in einer Reihe von Entscheidungen Gelegenheit[186], darauf hinzu-

---

183) so insbes. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 343, Einl. UWG Anm. 61 Almenräder S. 24.

184) z.B. RG in MuW 1932, 83 "Lebensmittelverkauf" BGH in GRUR 1957, 606 (608) "Heiltee".

185) Pietzcker in GRUR 1963, 539.

186) BGHZ 22, 167, "Arzneifertigwaren", BGHZ 23, 184 "Spalttabletten" BGH in GRUR 1957, 606 "Heiltee", BGH in GRUR 1963, 536 "Iris", BGH in GRUR 1964, 269, "Grobdesin", BGHZ 44, 208 (209) OLG Stuttgart in NJW 1962, 2064, OLG Hamburg in WRP 1963, 374, OLG Köln in GRUR 1965, 157 "Gesundheitsbetteinlage", ebenso schon RG in MuW 1927/28, 98 "Kokain" mit zust. Anm. von Hoeniger in JW 1927, 2288 und OLG Düsseldorf in JW 1929, 3094 "Milchmann" mit abl. Anm. von

weisen, daß die verletzten Vorschriften in erster Linie dem Schutze der Volksgesundheit dienten. Werde im geschäftlichen Verkehr aber gegen solche Normen verstoßen, die über ihre gewerbepolizeiliche Ordnungsfunktion hinaus die Bevölkerung vor gesundheitlichen Schäden bewahren sollten, bedürfe es zur Anwendung des § 1 UWG nicht noch eines weiteren, zusätzlichen Merkmals, durch welches erst die Sittenwidrigkeit begründet werde. Diese ergäbe sich nämlich schon direkt aus dem Verstoß gegen die sittlich-rechtliche Zielsetzung dieser Vorschriften, so daß es eben auf Planmäßigkeit, erzielten Vorsprung oder auch auf einen Verbotsirrtum nicht mehr ankomme. Dies entspreche auch den Anschauungen der verständigen, durchschnittlichen Gewerbetreibenden, die eine Verletzung gesundheitspolitischer Normen ohne weiteres als sittlich anstößig empfänden.

Die Rechtsprechung beschränkte sich jedoch nicht darauf, bei dem Verstoß gegen Vorschriften, die den Schutz der Volksgesundheit bezweckten, die herausgestellte ethische Fundierung zur Grundlage ihrer Entscheidungen zu machen.

Sie tat dies auch - mit Zustimmung der Literatur[187] - bei einer ohne behördliche Genehmigung vorgenommenen Ausspielung, durch die überdies die Spielleidenschaft der Kunden ausgenützt wurde[188]. Zwar wurde in dem Verstoß gegen § 286 StGB per se noch nicht die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit gesehen[189], diese folgte jedoch aus der Koppelung von fehlender Genehmigung, Ausnützung der Spielleidenschaft und Absatz der Ware. Die Sanktionen des § 1 UWG traten also schon auf Grund der Verletzung des der Norm zugrundeliegenden sittlichen Prinzips ein.

Die Rechtsprechung verzichtete jedoch in den meisten Fällen darauf, in ähnlicher Weise die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Verletzungen verschiedener Vorschriften von einer ethischen Fundierung dieser Normen abhängig zu machen. Statt dessen untersuchte sie das Vorliegen verschiedener zusätzlicher Merkmale, um zu einer Bejahung oder Verneinung der Sittenwidrigkeit zu kommen, obwohl es zumindest manchmal nahegelegen hätte, einfach auf verletzte sittliche Grundsätze hinzuweisen. Wenn ein

187) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 115 und 343, Droste in DB 1956, 789.
188) RGZ 115, 319 (325 ff).
189) RG in JW 1927, 1572, OLG Posen in MuW 1913, 452, a.M. Lüdecke in BB 1952, 562 (563).

Apotheker entgegen dem früheren § 182 a der Reichsversicherungsordnung darauf verzichtete, von den Versicherten 50 Pfennig pro Rezept einzutreiben, so wäre es kein weiter Schritt, die Sittenwidrigkeit dieses Verhaltens aus einer Verletzung sozial- oder gar gesundheitspolitischer Erwägungen herzuleiten [190]. Ebenso hätte der frühere 1. Senat des Bundesgerichtshofs beispielsweise in seinem "Ei-fein"-Urteil[191] darauf abstellen können, daß das in diesem Fall verletzte Margarinegesetz auch den Schutz der Volksgesundheit im Auge habe, wie es bereits das Reichsgericht mit dem Lebensmittelgesetz getan hat[192]. In der "Sammelbesteller"-Entscheidung[193] wäre es möglich gewesen, in § 14 GewO, der die Anzeigepflicht bei Beginn eines Gewerbes festlegt, eine Norm zu sehen, die auch die Wirtschafts- und Sozialordnung des Staates gewährleistet und somit schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit dient. Das Gericht wäre damit auf direktem Wege zur Anwendung des § 1 UWG gekommen, was es zumindest im zweiten Fall jedoch ablehnte.

d) Die verletzte Norm ist Ausdruck ordnender Zweckmäßigkeit

Der Vielgestaltigkeit normativer Bindungen, denen jedes geschäftliche Handeln unterliegt, entspricht eine ebenso große und sich jeder Systematisierung entziehende Mannigfaltigkeit des wettbewerbsrechtlich unlauteren Verhaltens. Gerade die den Geschäftsmann besonders beengenden Gewerbegesetze, die lediglich ordnenden Zweckmäßigkeitserwägungen entspringen, sind Objekte besonders häufiger Verstöße im wirtschaftlichen Verkehr. In der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Verletzungen dieser von der herrschenden Meinung als "wertneutral" bezeichneten Normen wird die Unterscheidung von Sittenwidrigkeit und Rechtswidrigkeit, von wettbewerblicher Unlauterkeit und Gesetzesverstoß besonders deutlich. Nur hier besteht Einigkeit, daß nicht in jeder Widerrechtlichkeit auch wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit liegt[194], daß diese vielmehr erst dann bejaht werden kann, wenn weitere Momente hinzutreten, die das fragliche Verhalten für die Mitbewerber unzumutbar erscheinen lassen. In den guten Sitten gemäß § 1 UWG

190) OLG Breslau in JW 1931, 1500 zustimmend Becher S. 56.
191) GRUR 1958, 86 mit zust. Anm. von Heydt.
192) RG in MuW 1932, 83 "Lebensmittelverkauf".
193) BGH in GRUR 1963, 578 mit Anm. von Dietrich Reimer in GRUR 1963, 589
194) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 344, Tetzner § 1 UWG Anm. 38, Schramm in GRUR 1961, 328, Kraft S. 135, Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 71, RGZ 115, 319, BGHZ 22, 167 (180).

wird ja von der herrschenden Meinung eine Einbruchstelle der Sittlichkeit, des Ethos, in die Rechtsordnung gesehen[195]. Die Verletzung von Normen, denen nun keine sittliche Grundanschauung innewohnt, die lediglich verwaltungspolitische Ziele verfolgen und deswegen wertneutral sind, kann daher nach dieser Auffassung noch nicht den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründen.

Unlauter kann jedoch die Erzielung eines wettbewerblichen Vorsprungs sein, der durch die Aufnahme eines Gewerbes ohne die dazu erforderliche Erlaubnis gewonnen wird. Die gleiche, alle Mitbewerber bindende Schranke ist hier darin zu erblicken, daß Voraussetzung der Gewerbetätigkeit die behördliche Genehmigung ist. Der Erlaubniszwang bildet also eine par condicio concurrentium auch für den Wettbewerb der nicht zugelassenen Gewerbetreibenden mit denen, die die erforderliche Genehmigung besitzen[196]. Der Verstoß gegen die gewerberechtlichen Erlaubnisvorschriften wird allerdings erst mit dem Hinzutreten erschwerender Umstände und Merkmale auch wettbewerbsrechtlich sittenwidrig[197]. Der Gesetzesverstoß als solcher begründet zwar noch nicht die Sittenwidrigkeit, kann zu ihrer Beurteilung jedoch als Indiz herangezogen werden. Deshalb ist auch die Forderung des Reichsgerichts berechtigt[198], man müsse sich vorstellen, der Beklagte habe die gewerberechtliche Genehmigung besessen und von diesem Standpunkt aus fragen, ob die Wettbewerbshandlung, wie sie tatsächlich vorgenommen wurde, als unlauter bezeichnet werden könne.

Der "Immobilienmakler-Entscheidung" des Reichsgerichts[199] lag ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde: der Beklagte war trotz polizeilichen Verbotes nach § 35 GewO als Makler tätig geworden. Die Genehmigung zur Ausübung der Gewerbetätigkeit war ihm nämlich wegen Unzuverlässigkeit durch Verwaltungsakt entzogen worden. Dadurch wurde er wieder allen denen gleichgestellt, die ebenfalls keine behördliche Genehmigung für eine Maklertätigkeit besaßen und die durch diese Schranke an der Aufnahme einer

---

195) vgl. oben S. 13 f.

196) so auch Almenräder S. 36.

197) Ulmer in JW 1929, 3095, OLG Jena in JW 1919, 942; BGH in GRUR 1963, 578 (583) "Sammelbesteller".

198) in JW 1924, 297 "Stellenvermittlung" zust. Almenräder S. 36.

199) RGZ 166, 315 vom 7. April 1941.

solchen Tätigkeit gehindert wurden. Die bloße Tatsache, daß der Beklagte sich einfach über das polizeiliche Verbot hinwegsetzte, wertete das OLG Hamburg bereits als sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG. Es widerspreche nämlich den anständigen Gebräuchen, wenn Gewerbetreibende Anordnungen, denen die Bedeutung eines Schutzgesetzes zukomme, mißachteten und Geschäfte, die ihnen verboten sind, nicht schlechthin unterließen. Das Reichsgericht hob jedoch als Revisionsinstanz dieses Urteil auf, da es sich um eine behördliche Vorschrift handele, die mit dem allgemeinen sittlichen Empfinden nichts zu tun habe und das Gebiet geschäftlichen Anstandes nicht berühre. Ihre Nichtbeachtung könne nur dann den Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens begründen, wenn die fragliche Wettbewerbshandlung tatsächlich allgemeine Belange gefährde oder aus sonstigen Gründen dem gesunden Volksempfinden zuwiderliefe. Dies sei jedoch nicht der Fall. Der Kläger könne sich weder darauf berufen, der Beklagte sei unzuverlässig, noch verschaffe er sich durch Ausnutzung der Gesetzestreue seiner Mitbewerber einen ungerechtfertigten Vorteil.

In ähnlicher Weise entschied das Kammergericht[200], ein Verstoß gegen das Gesetz über den werktäglichen Ladenschluß sei nicht schlechthin sittenwidrig, da es sich um eine öffentlich-rechtliche Vorschrift handele. "Öffentlich-rechtlich" wird hier anscheinend mit "wertneutral" gleichgesetzt. Dies steht jedoch im Widerspruch mit der Rechtsprechung des BGH, der wiederholt auch öffentlichrechtliche Normen, z.B. wegen ihrer gesundheitspolitischen Zielsetzung als ethisch fundiert angesehen hat[201]. Sittenwidrig könne jedoch ein Verstoß gegen öffentlichrechtliche Normen werden, so führt das Kammergericht weiter aus, wenn der Wettbewerber seinen Gesetzesbruch den Mitbewerbern gegenüber in besonderer Weise ausnütze. Dies sei dann der Fall, wenn durch die Übertretung ein besonderer wettbewerblicher Vorteil erzielt werde.

Die vom Reichsgericht begonnene Rechtsprechung zu Wettbewerbsverstößen gegen wertneutrale Normen wurde vom Bundesgerichtshof fortgeführt. In seiner "Bayern-Expreß"-Entscheidung[202] hatte der frühere 1. Zivilsenat

---

200) GRUR 1956, 83 vom 24. Mai 1955.

201) BGHZ 22, 167 "Arzneifertigwaren" BGHZ 23, 184 "Spalttabletten" BGH in GRUR 1964, 269 "Grobdesin".

202) GRUR 1957, 558 vom 21. Mai 1957 mit zust. Anm. von Hefermehl in GRUR 1957, 560.

Gelegenheit, erstmals zur Verletzung von Vorschriften Stellung zu nehmen, die lediglich aus Gründen "ordnender Zweckmäßigkeit" ergangen sind. Der Beklagte betrieb nämlich einen Omnibus-Linienverkehr zwischen Berlin und München, ohne die gemäß §§ 2 Nr. 2, 40 Personenbeförderungsgesetz erforderliche Genehmigung zu besitzen. Er trat dadurch in Wettbewerb zu den zugelassenen Omnibusunternehmen, verletzte jedoch lediglich, wie der Bundesgerichtshof ausführte, Bestimmungen, in denen keine bestimmte sittliche Auffassung zum Ausdruck komme, und die deshalb wertneutral seien. Es liege jedoch trotzdem ein Sittenverstoß im Sinne des § 1 UWG vor, da der Beklagte die Bindung seiner gesetzestreuen Mitbewerber an Festpreise und Betriebspflicht durch niedrigere Preisfestsetzungen ausgenützt habe, um sich einen Vorteil zu verschaffen. Zu dem Gesetzesverstoß als solchem treten demnach nach Meinung des Bundesgerichtshofes in diesem Fall Qualifizierungen, die in dem systematischen, planmäßigen Vorgehen und der Erzielung eines wettbewerblichen Vorsprungs zu sehen sind und die das Gesamtverhalten des Beklagten unlauter erscheinen lassen.

Kurz darauf wurde dem 1. Zivilsenat folgender Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt[203]:
ein Margarinefabrikant lieferte die Margarinestangen entgegen § 2 IV des Margarinegesetzes in solchen Abmessungen, daß die Händler die einzelnen Stücke praktisch nur in Butterstückgröße abschneiden konnten. Der Bundesgerichtshof sah darin einen mittelbaren Verstoß des Beklagten gegen § 2 IV Margarinegesetz, der eine wettbewerbsrechtliche Haftung für das rechtswidrige Verhalten selbständiger Dritter auslöse. Der Beklagte könne nämlich über den Rahmen des § 13 III UWG hinaus nach den Vorschriften des allgemeinen Deliktsrechts (§§ 823 II, 830 BGB) und den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts in Anspruch genommen werden. Der 1. Zivilsenat bejahte in diesem Fall die Ursächlichkeit der Handlungsweise des Beklagten für etwaige Verstöße der Einzelhändler gegen § 1 UWG. Er sprach dies jedoch nur als obiter dictum aus, da im Vordergrund der Entscheidung die Anwendung des § 823 II BGB stand, weshalb er auch auf die Rechtsnatur des § 2 IV Margarinegesetz nicht einging und auch die Frage nicht prüfte, ob in dieser Norm lediglich Zweckmäßigkeitserwägungen oder sittlich fundierte Anschauungen (etwa zum Schutze der Volksgesundheit) zum Ausdruck kommen.

---

203) GRUR 1958, 86 (88) "Ei-fein" vom 12. Juli 1957 mit zustimmender Anmerkung von Heydt in GRUR 1958, 89.

In der "Direktabsatz"-Entscheidung[204] führte der Bundesgerichtshof aus, Direktverkäufe des Großhändlers an Letztverbraucher seien vielleicht den Mitbewerbern unerwünscht, sie verstießen jedoch gegen keine Rechtsnorm und seien auch nicht per se ohne Hinzutreten sittenwidriger Begleitumstände wettbewerbswidrig. Als einen solchen sittenwidrigen Begleitumstand sah der 1. Zivilsenat[205] es noch nicht an, wenn ein Wettbewerber sich planmäßig über die Bestimmungen des Einzelhandelsschutzgesetzes[206] hinwegsetze. Auch Verstöße gegen die Preisauszeichnungsverordnung seien nicht wettbewerbswidrig, da es sich hierbei lediglich um Ordnungsnormen zum Schutze der Letztverbraucher handele. Überdies könne eine Übertretung dieser Verordnung dem Gewerbetreibenden keinen unmittelbaren wettbewerblichen Vorsprung erbringen.

Auf die Erzielung dieses Vorsprungs stellt die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zunehmend ab, wenn die Sittenwidrigkeit eines Verstoßes gegen eine wertneutrale Norm zu prüfen ist. So führt der Bundesgerichtshof aus[207], nach maßgeblicher Auffassung des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden sei die Unterbietung gesetzlich gebundener Preise jedenfalls dann sittenwidrig, wenn der Verletzer dadurch bewußt einen wettbewerblichen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern erzielt. Der die Sittenwidrigkeit begründende Umstand sei in der rechtswidrigen Verbesserung der wettbewerblichen Ausgangslage zu erblicken. Der unlautere Vorsprung müsse sich nicht notwendig in dem durch etwaige Betriebsersparnisse ermöglichten Angebot billigerer oder besserer Waren ausdrücken, wenn dies auch die Regel sei, er könne sich vielmehr auch aus der Vertriebsmethode ergeben[208].

---

204) BGHZ 28, 54 vom 27. Juni 1958.

205) BGH in WuW 1960, 193 "Elektrogeräte" vom 5. Mai 1959.

206) vom 15. Mai 1933, inzwischen aufgehoben.

207) LM Nr. 90 a zu § 1 UWG GRUR 1960, 193, "Frachtenrückvergütung" vom 3. November 1959, mit zust. Anm. von Schramm in GRUR 1960, 197, ähnlich KG in WRP 1963, 91 vom 19.10.1962 zum Verstoß gegen § 5 Medallenverordnung und OLG Celle in NJW 1965, 1670 vom 18. Juni 1965 zum Verstoß gegen § 49 IV Personenbeförderungsgesetz.

208) BGH in GRUR 1963, 578 (584) "Sammelbesteller" vom 29. Mai 1963 mit Anm. von Dietrich Reimer in GRUR 1963, 588.

Die Gerichte gehen dabei jedoch nicht einheitlich vor, sondern ziehen auch andere Begleitumstände zur Begründung der Sittenwidrigkeit eines Verstoßes gegen ein wertneutrales Gesetz heran. So sieht das Oberlandesgericht Düsseldorf[209] in der Gefahr der Verwechslung eines Mietwagens mit einer Kraftdroschke durch rechtswidrige Gestaltung des Fahrpreisanzeigers[210] den die Wettbewerbswidrigkeit begründenden Umstand. Der Bundesgerichtshof[211] stellt bei einer rechtswidrigen Wettbewerbshandlung einer Gemeinde für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit auf das mißbilligende Verhalten der Aufsichtsbehörde und die wiederholte Zusicherung der Unterlassung durch den Oberstadtdirektor ab.

e) Einzelfragen

(1) Die Verletzung von unmittelbar wettbewerbsregelnden Normen

Das Verhältnis der außerwettbewerbsrechtlichen Normen zum Wettbewerbsrecht erscheint unterschiedlich: während die Verletzung beispielsweise von Preisvorschriften oder Gewerbegesetzen meist auch einen Wettbewerbsvorteil bringen wird, scheint dies bei einem Verstoß gegen Straßenverkehrsrecht oder Familienrecht nur selten der Fall zu sein. Dieses Verhältnis zwischen den beiden Normgruppen kann sich aber sogar so verdichten, daß der außerwettbewerbsrechtlichen Norm unmittelbar wettbewerbsregelnde Wirkung zukommt, so daß sich daraus auch ohne das Hinzutreten zusätzlicher Unlauterkeitsmerkmale direkt die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit ergibt.

Solche direkt wettbewerbsregelnden Normen finden sich nach herrschender Meinung im Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung[212]. Dieses Gesetz bezweckt durch den Erlaubniszwang auch den Schutz der Rechtsanwaltschaft und der zugelassenen Rechtsberater

---

209) DB 1965, 629 vom 30. Dezember 1964.

210) §§ 35 I 4, 39 und 40 der Verordnung über den Betrieb von Kraftfahr-Unternehmen im Personenverkehr vom 13. Februar 1939 (BO Kraft).

211) GRUR 1965, 373 "Blockeis II" vom 12. Februar 1965 mit kritischer Anm. von Falck in GRUR 1965, 375.

212) Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz (RBerMG) vom 13. Dezember 1935, RGBl I S. 1478.

vor dem Wettbewerb unberufener Personen[213]. Die direkte wettbewerbsregelnde Wirkung wurde - soweit ersichtlich - zuerst vom Landgericht Köln dargelegt[214]: "Hier steht aber nicht irgendein für die Lauterkeit des Wettbewerbs möglicherweise völlig belangloses gesetzliches Verbot in Rede, sondern es handelt sich um den Verstoß gegen ein den beruflichen und damit auch den geschäftlichen Wettkampf regelndes und einschränkendes Gesetz und damit um eine typische Wettbewerbsregelung mit genauer, über die Generalklausel des § 1 UWG hinaus ins einzelne gehender Regelung, unter welchen Voraussetzungen der Wettbewerb gestattet ist". Aus dieser unmittelbar wettbewerbsregelnden Wirkung des Rechtsberatungsmißbrauchsgesetzes entnimmt die herrschende Meinung zu Recht, daß ein Verstoß gegen dieses Gesetz auch ohne Hinzutreten weiterer, erschwerender Umstände automatisch Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG bedeute[215]. Da eine Verletzung dieses Gesetzes im geschäftlichen Verkehr deshalb immer zugleich einen Wettbewerbsverstoß in sich trägt, bedeutet es eine gewisse Inkonsequenz, wenn der Bundesgerichtshof noch ausdrücklich feststellt[216], daß es sich nicht um eine wertneutrale, bloße Ordnungsvorschrift handele.

Eine ähnliche, unmittelbar wettbewerbsregelnde Kraft wie dem RBerMG kommt dem Heilmittelwerbegesetz vom 11. Juli 1965[217] zu, das die frühere HWVO ablöste. Obwohl sich dieses Gesetz ausschließlich mit Fragen der Werbung befaßt, handelt es sich um ein außerwettbewerbsrechtliches im engeren Sinne. Dies kommt schon in § 18 Ziff 1 HMWG zum Ausdruck, wonach das UWG unberührt bleibt, während es von einem wettbewerbsrechtlichen Spezialgesetz als generelles Gesetz derogiert werden würde. Dem HMWG kommt jedoch ebenso wie der HWVO und dem RBerMG wettbewerbsrechtlicher Charakter zu[218], da es die Aufgabe hat, unmittelbar den Wettbewerb zu regeln. Daraus folgt, daß die Verletzung des HMWG im geschäftlichen Verkehr ebenso automatisch und ohne Hinzutreten erschwerender

---

213) BGH in NJW 1956, 749 (750) "LA-Sachen", Schorn S. 50.

214) GRUR 1953, 258 (259), ähnl. auch OLG Hamburg in Anw Bl 1955, 72 (76) und Schorn S. 294.

215) BGH in NJW 1956, 749 "LA-Sachen", BGH in NJW 1961, 1113, OLG Stuttgart in AnwBl 1966, 98,
LG Saarbrücken in AnwBl 1967, 167.

216) NJW 1967, 1558 (1560).

217) BGBl I S. 604.

218) BGH in GRUR 1963, 536 (538) "Iris", OLG Hamburg in WRP 1966, 37 und 1967, 142.

Umstände einen Wettbewerbsverstoß indiziert[219].

(2) Die Verletzung von Normen des Arbeitsrechts

Während die übrigen Spezialtatbestände des Art. 1 des Schweizerischen UWG das Verhältnis des Wettbewerbers zu seinen Kunden oder zu seinen Mitbewerbern betreffen, wird in Art. 1 II lit. h SchwUWG die Beziehung des Gewerbetreibenden zu seinen eigenen Arbeitnehmern angesprochen, die sonst ausschließlich Gegenstand des Arbeitsrechts ist. In dieser Vorschrift des Schweizerischen UWG zeigt sich deutlich die enge Verbindung von Wettbewerbsrecht zum Arbeitsrecht.

Besonderen Ausdruck in der Praxis findet diese Verknüpfung zweier Rechtsgebiete bei der wettbewerblichen Verletzung für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge, die normativen Charakter haben[220]. Gerichtliche Entscheidungen, die die wettbewerbliche Ausnützung von Verstößen gegen soziale Vorschriften wie etwa gegen das Jugendarbeitsschutzgesetz oder gegen das Mutterschutzgesetz behandeln, sind noch nicht bekanntgeworden. Allerdings stammen auch die wenigen Urteile über untertarifliche Bezahlung von Arbeitnehmern aus dem Gesichtspunkt des § 1 UWG aus den Jahren vor 1935, als weitgehende Arbeitslosigkeit ein solches wettbewerbliches Mittel überhaupt ermöglichte. Der Spannungszustand zwischen Wettbewerbsrecht und Arbeitsrecht verliert jedoch in einer Zeit der Vollbeschäftigung weitestgehend an Bedeutung, da das Gewinnstreben des einzelnen Arbeitnehmers selbst als Regulativ wirkt. Kein Gewerbetreibender wird sich eine untertarifliche Bezahlung seiner Arbeitnehmer mehr leisten, dies kann sich jedoch in Zeiten wirtschaftlicher Rezession schnell wieder ändern.

Aufsehen erregte ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1927[221], dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: ein ehemaliger Kriminalbeamter führte mit seinen Angestellten Bewachungen billiger durch als die Berliner Wach- und Schließgesellschaft, da die von ihm gezahlten Gehälter unter den Sätzen des für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages lagen. Der durch Bruch des Tarifvertrages gewonnene wettbewerbliche Vorteil drückte sich also direkt in der Preisgestaltung aus. Das Kammergericht führte zwar als Berufungsinstanz in diesem Verfahren aus, die Allgemein-

219) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 343.
220) § 5 Tarifvertragsgesetz.
221) RGZ 117, 16 = JW 1927, 1636 "Tariflohn" vom 12. April 1927.

verbindlich-Erklärung eines Tarifvertrages sei ein Mittel zur Aufrechterhaltung gesunder sozialer Verhältnisse und diene dem Interesse der Gesamtwirtschaft sowie der staatlichen Ordnung. Das Reichsgericht verfolgte diesen Schritt zu einer ethischen Fundierung des verletzten Tarifvertrages jedoch nicht weiter und unterließ die Untersuchung, ob der Verstoß gegen einen Tarifvertrag schon per se wegen eines eventuell vorliegenden sittlichen Charakters dieser Norm wettbewerbsfremd sei. Es sah bereits die Ausnützung der rechtlichen Bindung der tariftreuen Firmen und die Verwertung des durch Rechtsbruch erlangten gewerblichen Vorteils zur Sicherung eines wettbewerblichen Vorsprungs als unlauter im Sinne des § 1 UWG an[222].

Da die Sittenwidrigkeit sich aus dem Gesamttatbestand ergibt, der in diesem Fall aus Tarifbruch und Preisunterbietung gebildet wird, billigt auch die herrschende Meinung das Ergebnis des Reichsgerichts[223]. Eine gegenteilige Meinung vertreten Godin-Hoth[224], da sie fälschlich darauf abstellen, daß die untertarifliche Bezahlung lediglich den Arbeitnehmern gegenüber verwerflich sei, wogegen diese alleine auftreten könnten. Der unlauteren Wirkung einer solchen Wettbewerbshandlung den Konkurrenten gegenüber begegnen sie mit dem hier verfehlten Hinweis, daß diese sich schließlich auch nicht gegen billigste Einkaufsquellen zu wehren vermögen.

Zu einer abweichenden Beurteilung kommt auch das Oberlandesgericht Oldenburg[225] in einem Fall untertariflicher Bezahlung von Arbeitnehmern, nachdem es feststellte, daß der Tarif von der Mehrzahl der Unternehmer nicht mehr eingehalten wurde und daß dieses Verhalten seine Ursache in sachlichen Beweggründen und nicht in Bereicherungsabsichten hatte. Diese Entscheidung wurde jedoch angegriffen[226], weil es nicht angehe, einen Rechtstreuen nur deshalb schlechter zu stellen, weil er das Gesetz erfülle.

---

222) zustimmend Hueck und Nipperdey in JW 1927, 2366. Letzterer sieht auch Unterschreitung eines nicht allgemein verbindlichen Tarifvertrages zur Unterbietung der Konkurrenz als sittenwidrig an. Ablehnend zum Urteil des RG Meissinger in Der Arbeitgeber 1927, 289.

223) Hefermehl in Festschrift für Nipperdey S. 300, Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 231 und 348, Fikentscher: Preisunterbietung S. 35, Ulmer in GRUR 1937, 771, Becher, Komm. S. 55 f, Nr. 59, OLG Stuttga in JW 1933, 2294 = HRR 1933, 1683.

224) § 1 UWG Anm. 17 b.

225) JW 1934, 1129 vom 23. Februar 1934.

226) Herschel in JW 1934, 1129.

Die Sittenwidrigkeit sei nämlich schon dann gegeben, wenn aus der Rechtstreue eines anderen im Wettbewerb durch eine Gesetzesverletzung eigensüchtig zu dessen Schaden ein Vorteil gezogen werde.

(3) Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Preisunterbietung

Ausdruck wettbewerblicher Leistungsfähigkeit ist neben der angebotenen Qualität in erster Linie der Preis. Dieser unterliegt in vielen Fällen einem starken Wettbewerbsdruck durch hart kalkulierende Konkurrenten, die versuchen, das günstigste Verhältnis der Kosten zum Gewinn zu erzielen.

Eine Preisunterbietung, also ein Anbieten günstigerer Preise als andere Mitbewerber, liegt im Wesen des Wettbewerbs als eines Kampfes um den Kunden und ist ein wünschenswertes Ergebnis der Selbstkontrolle der Wirtschaft[227]. Die Preisunterbietung ist deshalb grundsätzlich auch dann erlaubt, wenn die Selbstkosten unterschritten werden, und wird erst dort wettbewerbswidrig, wo besondere Umstände hinzutreten[228].

Diese besonderen Umstände, die eine Preisunterbietung wettbewerbsrechtlich unlauter machen, können beispielsweise in einer planmäßigen Vernichtungsunterbietung bestehen, die darauf abstellt, den wirtschaftlich schwächeren Mitbewerber ganz vom Markt zu verdrängen[229]. Die Sittenwidrigkeit einer Preisunterbietung kann sich aber auch daraus ergeben, daß sie auf einem Rechtsbruch beruht[230]. Der Preisunterbieter erlangt nämlich in der Regel durch einen höheren Umsatz einen wirtschaftlichen Vorteil.

---

227) ähnlich bereits Kohler S. 27 ff.

228) herrschende Meinung: Fikentscher, Preisunterbietung S. 20, Callmann in MuW 1929, 570 f, Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 221 ff, BGH in WuW 1955, 118 "Händlerrabatt", RGZ 133, 331 (335), OLG Frankfurt/Main in BB 1958, 96, BGH in GRUR 1960, 331, "Schleuderpreise", OLG Hamm in WuW/E OLG 764 "Kohlen für Behörden", LG Köln in WRP 1966, 228, Spengler, Wettbewerb S. 60, Godin-Hoth, § 1 UWG Anm. 17b, a.M. Becher in BB 1953, 297, z.T. auch Spengler, Preisschleuderei, S. 60.

229) RGZ 134, 342 "Tankstellen".

230) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 231 f, 340, Goerke in WRP 1955, 61 (62), Fikentscher, Preisunterbietung S. 35, Benisch in WuW 1955, 421 (430), Schramm in GRUR 1940, 133 (139), Spengler, Preisschleuderei S. 7, Meyer-Cording in Festschrift für Nipperdey 1965, S. 537 (551) OLG Hamburg in WuW/E OLG 32 "Reichskraftwagentarif".

Dieser ist aber nur dann wettbewerbsgemäß, wenn er auf den im Geschäftsverkehr anerkannten Kalkulationselementen aufgebaut ist. Ergibt sich der Unterpreis jedoch aus einem Rechtsbruch, wird das aus Preisunterbietung und Gesetzesverletzung zusammengesetzte Gesamtverhalten des Wettbewerbers für die gesetzestreuen Mitbewerber unerträglich und führt zu einem wettbewerbsrechtlichen Unwerturteil.

Weder Rechtsprechung noch Lehre unterscheiden dabei nach der sittlichen Qualität des verletzten Gesetzes, wie das dort geschieht, wo ein Normverstoß allein wettbewerbsrechtlicher Beurteilung unterliegt. Wird eine Preisunterbietung also durch einen Rechtsbruch ermöglicht, so genügt nach herrschender Meinung schon der bloße wirtschaftliche Zusammenhang zwischen beiden[231], um die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit herbeizuführen, ohne daß es auf eine sittliche Fundierung der verletzten Norm ankäme. Der Gesetzesverstoß kann also in einem Bruch eines allgemein verbindlichen Tarifvertrages ebenso liegen[232], wie in einem Schmuggelgeschäft[233], in der Verletzung eines gewerblichen Ausschließlichkeitsrechtes[234] ebenso wie in der Erschleichung eines öffentlichen Kredites[235]. In allen diesen Fällen macht er die auf ihm beruhende Wettbewerbshandlung der Preisunterbietung unlauter im Sinne des § 1 UWG. Die größte praktische Bedeutung dürfte jedoch der Preisunterbietung zukommen, die durch Zoll- und Steuerhinterziehung oder durch Verletzung öffentlich-rechtlicher Preisvorschriften ermöglicht wird.

aa) Preisunterbietung durch Zoll- oder Steuerhinterziehung

Wenn auch in Deutschland die Steuerehrlichkeit verhältnismäßig hoch ist, sind kleinere und größere Zoll- oder Steuerhinterziehungen doch an der Tagesordnung. Vielfach wird der dadurch gewonnene finanzielle Vorteil dazu benutzt, die Preise der Mitbewerber zu unterbieten und sich dadurch einen Vorsprung im Wettbewerb zu verschaffen.

Den gesetzestreuen Mitbewerbern ist allerdings selten Gelegenheit gegeben, nach § 1 UWG direkt gegen den unlauteren Mitbewerber vorzugehen. Der Beweis wird in der Regel nicht zu erbringen sein, daß die Preisunterbietung gerade auf der Steuer- oder Zollhinterziehung beruht, denn dies würde eine besonders bei größeren Unternehmen kaum mögliche Aufdeckung der ganzen

231) Fikentscher, Preisunterbietung, S. 35, Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 231.
232) Ulmer, Sinnzusammenhänge S. 24.
233) Lobe, S. 63, 65, Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 231, a.M. Almenräder S. 62
234) BGH in GRUR 1960, 144 (146) "Bambi".
235) Fikentscher, Preisunterbietung, S. 35.

Finanzstruktur des Betriebes und seiner Abgabenbelastung voraussetzen.

Im "Kokain-Prozeß" des Reichsgerichts[236] gelang jedoch der Nachweis, daß auf Grund der falschen Deklaration die Zollbehörden getäuscht wurden. Durch die Beteiligung an der Zollhinterziehung und am Schmuggel der Beklagten verstieß das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft nach Ansicht des Reichsgerichts gegen die guten Sitten im Sinn des § 138 BGB. Wäre der gleiche Sachverhalt einer wettbewerbsrechtlichen Wertung unterzogen worden, wäre das Ergebnis wohl am Ende trotz des funktionsbezogenen Sittenbegriffs des § 1 UWG das gleiche gewesen.

Außer der üblichen, kurzen Bejahung der Wettbewerbswidrigkeit von Steuerhinterziehungen[237] findet sich in der Literatur lediglich eine Schrift von Terstegen[238], der sich an Hand von ausführlichen Beispielen mit dieser Problematik beschäftigt. So nennt er [239] den nachgewiesenen Fall eines Geschäftsmannes, der laufend Steuern in erheblichem Umfang hinterzog. Auf diese Weise konnte er sowohl beim Einkauf die Skonti voll ausnützen, als auch seine Preise so viel günstiger stellen als seine Mitbewerber, daß er einen sehr großen Marktanteil erringen konnte. Die Preisunterbietung glich er mit seinen Ersparnissen durch die Steuerhinterziehung aus. Seine Mitbewerber fingen zum Teil auch an, Steuern zu hinterziehen und wurden vom Finanzamt gefaßt und bestraft. Zum anderen Teil mußten sie ihre Geschäfte aufgeben, die nun der kapitalstark gewordene Urheber dieser Entwicklung als Zweiggeschäfte übernahm. Schließlich erstattete er eine strafbefreiende Selbstanzeige[240] und entrichtete die hinterzogene Steuer aus seinem Gewinn, der den Steuerbetrag um ein Vielfaches überstieg. Die Zinsersparnis blieb ihm in voller Höhe.

Terstegen berichtet auch[241] von dem bekanntgewordenen Fall eines Steuerpflichtigen, der durch Hinterziehung in Höhe von DM 150.000,-- die branchenüblichen Rabatte beachtlich erhöhen konnte. Dadurch entzog er seinen Mitbewerbern so viele Kunden, daß sich ihr Schaden schließlich auf 7,4 Millionen DM belief.

---

236) JW 1927, 2288 = MuW 1927/28, 98.

237) Fikentscher, Preisunterbietung S. 35, Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 231, Almenräder S. 2.

238) Unlauterer Wettbewerb durch Steuerhinterziehung, Hannover 1958.

239) S. 14.

240) § 410 AO.

241) S. 15.

Die hinterzogene Steuer betrug in allen Fällen erheblich weniger, als der Schaden der Mitbewerber, der seinerseits meist um ein Vielfaches vom Vorteil des Hinterziehers übertroffen wurde. Terstegen zieht daraus den Schluß[242], daß es nicht auf die Höhe der Steuer-Verkürzungen, wohl aber auf deren Wettbewerbskraft ankomme, die in den verschiedenen Zeiten, Branchen und Verhältnissen auch sehr unterschiedlich groß sein könne.

bb) Preisunterbietung durch Verletzung öffentlich-rechtlicher Preisvorschriften

Die Bedeutung preisrechtlicher Vorschriften ist zwar naturgemäß in einem System der freien Marktwirtschaft nicht groß, so daß Stopp- und Festpreise nur eine untergeordnete Rolle im täglichen Verkehr spielen. Sie tauchen jedoch dort auf, wo die öffentliche Hand wegen ihres großen Bedarfs und ihres Nachfragemonopols ein besonderes Sicherungsinteresse an der Festlegung der Preise hat, sowie dort, wo Zweckmäßigkeitserwägungen oder standesrechtliche Gründe feste Preise erfordern.

Zur ersten Gruppe gehören etwa die Verdingungsordnungen für Bauleistungen und für sonstige Leistungen (VOB und VOL), sowie die Verordnung über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (VPöA). In die zweite Kategorie sind beispielsweise der Reichskraftwagentarif und § 106 II Güterkraftverkehrsgesetz sowie die gesetzlichen Gebührenordnungen der Ärzte, Rechtsanwälte, Notare und Architekten einzuordnen.

In allen diesen Fällen gilt, daß eine Unterbietung solcher Preise und Gebühren im Wettbewerb zumindest dann unlauter ist, wenn der Unterbietende dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erzielen will. Handelt es sich um standesmäßige Gebühren, so tritt in der Regel zu der wettbewerblichen Sittenwidrigkeit eine Verletzung der Standesordnung[243]. Dabei kann schon vermutet werden, daß die Unterbietung öffentlich-rechtlich vorgeschriebener Mindestpreise durch eine Gesetzesverletzung auch einen Vorsprung vor den Mitbewerbern verschafft, der als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden muß[244].

---

242) S. 19.

243) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 232, Fikentscher S. 30, 35.

244) OLG Hamburg in WuW/E OLG 32, "Reichskraftwagentarif".

Im "Frachtenrückvergütungs-Urteil" stellt der Bundesgerichtshof[245] jedoch ausdrücklich darauf ab, daß der Beklagte einen Vorsprung vor seinen gesetzestreuen Mitbewerbern errang, indem er durch Rückvergütungen die öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen Mindestpreise unterbot. Es handele sich dabei zwar nicht um einen Verstoß gegen Gesetze, deren Einhaltung einem sittlichen Gebot entspreche, nach der maßgebenden Auffassung der vernünftigen Durchschnittsgewerbetreibenden sei der Gesamttatbestand jedoch durch die Vorsprungserzielung als sittenwidrig anzusehen.

(4) Die Verletzung gewerblicher Schutzrechte und die Ausnützung einer formalen Rechtsstellung im Wettbewerb

Die gewerblichen Schutzrechte, wie Patent-, Muster-, Kennzeichen-, Urheber- und Erfinderrechte wirken als absolute Rechte gegen jedermann. Sie begründen eine par condicio concurrentium, denn ihre Auswertung ist nur mit Zustimmung des jeweiligen Schutzrechtsinhabers möglich. Bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte stehen dem Berechtigten in Ergänzung der sondergesetzlichen Normen auch Ansprüche aus §§ 823 und 1004 BGB und, soweit ein Wettbewerbsverhältnis mit dem Konkurrenten gegeben ist, und die Anwendung des Wettbewerbsrechts nicht ausdrücklich oder sinngemäß ausgeschlossen wird, auch solche aus § 1 UWG zu[246]. Es ist jedoch anerkannt, daß § 1 UWG nicht herangezogen werden kann, um ein nicht bestehendes gewerbliches Schutzrecht zu ersetzen, da sonst die zeitliche Begrenzung dieses Schutzes ihren Sinn verlöre[247]. Die sklavische Nachahmung und die zielbewußte Annäherung an eigenartige, im Verkehr bekannte Merkmale, an Herkunfts- oder Gütevorstellungen, die mit der Ware eines Mitbewerbers verbunden werden, kann aber selbst dann sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG sein, wenn die für ein gewerbliches Schutzrecht erforderlichen Voraussetzungen nicht vorliegen[248].

---

245) LM Nr. 90a zu § 1 UWG = GRUR 1960, 193.

246) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 238 ff und 347, Hubmann S. 58, RGZ 120, 94.

247) BGHZ 44, 288 (296) "Apfel-Madonna", BGHZ 26, 52 (59) "Sherlock Holmes", Ulmer Urheber- und Verlagsrecht S. 27, Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 283, 287.

248) BGHZ 5, 1 "Hummel-Figuren I", BGHZ 44, 288 (296) "Apfel-Madonna", BGH in WRP 1965, 375 (378) "Zündaufsatz", Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 296, Hubmann S. 248.

In einer derartigen Nachahmung oder Annäherung können besondere Umstände und zusätzliche Merkmale gesehen werden, die die Sittenwidrigkeit und damit ein rechtliches Bedürfnis an einem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz begründen.

Ebenso,wie durch einen Verstoß gegen Normen kann auch die Verletzung eines gewerblichen Schutzrechtes oder eigenartiger und bekannter Merkmale einer fremden Ware einen wettbewerblichen Vorsprung des Verletzers gegenüber den Mitbewerbern bringen, die diese Rechte respektieren und als Lizenznehmer eine Vergütung zahlen. Dieser wettbewerbliche Vorsprung unterscheidet sich auch in seinem Unrechtsgehalt in keiner Weise von einem durch Rechtsbruch errungenen, so daß dem Berechtigten wegen dieser Unlauterkeit auch die Unterlassungsklage nach § 1 UWG gegen seine Mitbewerber nicht versagt werden kann[249]. Eine etwaige ethische Fundierung des verletzten Rechts wurde bei der Prüfung dieser Frage bisher immer außer Acht gelassen.

Auch ohne Gesetzesverstoß oder Rechtsverletzung kann durch Mißbrauch einer formalen Rechtsstellung den übrigen Mitbewerbern schwerer Schaden zugefügt werden. Zwar liegt es gerade im Wesen des Wettbewerbs, daß ein Mitbewerber auch durch die Ausübung eines Rechts sich einen Vorteil sichert und den anderen Schaden zufügt. Andererseits muß ihm die Ausübung dieses Rechts zumindest dann versagt sein, wenn dies gegen die guten Sitten oder die Grundsätze von Treu und Glauben verstößt. So handelt es sich bei der Berufung auf ein jüngeres Warenzeichen gegenüber einem älteren Namens- oder Firmenrecht um eine mißbräuchliche Ausnützung einer formalen Rechtstellung[250]. Bereits die bloße Anmeldung eines Warenzeichens zum Zweck der Ausnützung des Besitzstandes des im Inland nicht zeichenrechtlich geschützten Vorbenutzers kann einen Mißbrauch formalrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten bedeuten und als solche § 1 UWG verletzen[251].

Eine mißbräuchliche Ausnutzung einer Rechtsstellung durch außerbayerische Brauereien gegenüber ihren bayerischen Wettbewerbern liegt jedoch nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht vor[252], wenn ein Süßbier, das in

---

249) BGH in GRUR 1960, 140 (144) "Bambi", Alois Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. II S. 922.

250) BGHZ 15, 107 (110) "Koma".

251) BGH in GRUR 1961, 413 (416), "Dolex", BGHZ 46, 130 (133) "Modess"

252) LM Nr. 1 zu § 1 BierstG "Süßbier II" mit zust. Anm. von Falck in GRUR 1960, 243 (244).

Bayern nicht hergestellt werden darf, gleichwohl nach Bayern eingeführt wird. Die Gesetzestreue der bayerischen Brauereien beruhe nämlich auf Vorschriften, die letztlich der Erhaltung des guten Rufs des bayerischen Biers dienten. Daraus ergibt sich, daß an das Vorliegen eines Mißbrauchstatbestandes äußerst strenge Anforderungen zu stellen sind, um zu einer Bejahung der wettbewerblichen Sittenwidrigkeit zu kommen. Die Kollision der beiden Rechtspositionen kann nämlich nur im Rahmen eines umfassenden Interessenausgleiches gelöst werden[253], der auch die Stellung des formell Berechtigten angemessen berücksichtigt.

(5) Gesetzesverletzung durch wirtschaftlichen Wettbewerb der öffentlichen Hand

Die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand kann in weiten Bereichen auch Belange privater Wettbewerber berühren. Die öffentliche Hand ist, soweit sie am Wirtschaftsleben in gleichgeordneter Form teilnimmt, allerdings auch den gleichen Schranken unterworfen, wie sie für die privaten Wettbewerber gelten. Daraus folgt, daß kaum eine Wettbewerbswidrigkeit denkbar erscheint, die nicht auch von der öffentlichen Hand begangen werden könnte.

Im Rahmen vorliegender Arbeit kann jedoch nur untersucht werden, inwieweit die öffentliche Hand durch Gesetzesverstöße im wirtschaftlichen Wettbewerb sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG handeln kann. Ausgeklammert muß bereits die strittige Frage werden, ob ein Träger öffentlicher Verwaltung bei einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit, die er ohne besondere gesetzliche Ermächtigung vornimmt, wettbewerbswidrig handelt[254]. Auch der Fragenkomplex, inwieweit die öffentliche Hand durch Mißbrauch amtlicher Autorität oder Monopolstellung durch Ausnutzung amtlicher Beziehungen und Kenntnisse oder durch Einsatz öffentlicher Mittel unlauteren Wettbewerb begeht, kann keine Berücksichtigung finden, da er den Umfang der Arbeit sprengen würde[255].

---

253) Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 294.

254) bejahend BGHZ 20, 119 "Fischwirtschaft" und OLG München in NJW 1958, 1298 "Werbefunk", verneinend Baumbach-Hefermehl, Allg. UWG Anm. 148 mit weiteren Nachweisen.

255) vgl. dazu H. Schricker: Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, S. 168 ff, Püttner in GRUR 1964, 359, Baumbach-Hefermehl, Allg. UWG Anm. 148 ff, OLG München in NJW 1958, 1298 "Werbefunk".

In erster Linie interessieren hier Verstöße der öffentlichen Hand gegen Gesetze, die ihr entweder eine wirtschaftliche Tätigkeit schlechthin untersagen oder aber nur unter bestimmten Voraussetzungen gestatten. Um eine solche Norm handelte es sich bei § 67 der früheren Deutschen Gemeindeordnung die, allerdings unter entsprechender Einengung, in die Gemeindeordnungen aller westdeutschen Länder übernommen wurde. Diese Vorschrift erlaubte der Gemeinde denn eine wirtschaftliche Tätigkeit, wenn ein "öffentlicher Zweck das Unternehmen rechtfertigt". Nach Art. 75 I Bayerische Gemeindeordnung beispielsweise muß der öffentliche Zweck das Unternehmen erfordern und nach § 69 I der Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen muß sogar ein dringender öffentlicher Zweck vorliegen, der das Unternehmen erfordert.

Betätigt sich eine Gemeinde entgegen diesen gesetzlichen Beschränkungen auf wirtschaftlichem Gebiet, so handelt es sich nach Auffassung von Helmut Schricker um "ungesetzlichen", nicht aber unlauteren Wettbewerb[256] Dies folge schon daraus, daß der Verstoß nur ein Gesetz betreffe, das nicht gleichmäßig für alle Wettbewerber, sondern nur für die Gemeinde gelte. Überdies könne der öffentlichen Hand, die auch Daseinsvorsorge betreiben müsse, nicht zu viele wirtschaftliche Schranken auferlegt werden. Mit "Aufsaugungsverboten" zugunsten privater Unternehmer[257] verfälsche man zudem den Leistungswettbewerb.

Im "Blockeis II"-Urteil wandte sich der Bundesgerichtshof[258] unter Berufung auf sein "Iris-Urteil"[259] jedoch gegen diese Ansicht, da sie den Rechtsgrundsatz übersehe, daß bei der Übertragung einer nur den Verletzer bindenden Vorschrift besondere Umstände, etwa der Schutzzweck des verletzten Gesetzes, den Sittenverstoß herbeiführen könnten. Nach dem zugrundeliegenden Sachverhalt hatte die beklagte Stadt im Rahmen ihres Schlachthofbetriebes Blockeis hergestellt und erheblich unter dem üblichen Preis an Private geliefert. Der Kläger war ebenfalls Blockeishersteller und behauptete, er habe durch diese Praxis der Beklagten schon erheblich Umsatzeinbußen hinnehmen müssen. Der BGH sah, als ihm dieser Sachverhalt zum ersten Male unterbreitet wurde[260], darin zwar einen Verstoß gegen § 69 I

256) S. 135, 147, 152 für Art. 75 BayGO.
257) z.B. Art. 75 II BayGO .
258) GRUR 1965, 373.
259) GRUR 1963, 536.
260) JZ 1962, 217 "Blockeis I".

der Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen, verneinte jedoch den Charakter dieser Vorschrift als Schutzgesetz im Sinn des § 823 II BGB. Zu einer Beurteilung nach § 1 UWG sah er sich jedoch erst in der Lage, als das Berufungsgericht eine Prüfung in dieser Hinsicht nachgeholt hatte. Im "Blockeis II - Urteil" stellte er dann fest, diese Vorschrift der Gemeindeordnung bezwecke, die Angehörigen der privaten Wirtschaft vor einer drohenden Beeinträchtigung durch den Wettbewerb gemeindlicher Unternehmen zu schützen. Es liege auch dann eine Sittenwidrigkeit vor, wenn die Gemeinde, wie hier, ein dem Schutze privater Wettbewerber dienendes Gesetz nicht nur vorsätzlich und fortgesetzt übertritt, sondern, wenn sie dies noch dazu tut, obwohl die Aufsichtsbehörde dieses Verhalten bereits beanstandet hat und der Oberstadtdirektor wiederholt verbindlich die Unterlassung zugesagt hat.

Ein Umstand, der die Sittenwidrigkeit des gemeindlichen Verhaltens begründet, hätte auch in der Preisunterbietung gesehen werden können. So entschied das Reichsgericht[261], es sei dem privaten Beherbergungsgewerbe gegenüber unlauter, wenn in einem städtischen "Haus der Jugend" satzungswidrig Erwachsene zu verbilligten Preisen aufgenommen werden. Zu dem Verstoß gegen die Satzung tritt hier als erschwerendes Moment die Preisunterbietung, die sich die öffentliche Hand auf Grund ihrer überlegenen Wirtschaftsmacht leistet, die auf die Dauer jedoch einem Vernichtungswettbewerb den privaten Mitbewerbern gegenüber gleichkommt.

Da die Grundrechte sich in erster Linie gegen den Staat richten, wäre auch ein wirtschaftliches Verhalten der öffentlichen Hand denkbar, das durch Grundrechtsverletzung unlauter wird. Die Beeinträchtigung einer privaten Gewerbetätigkeit durch ein Unternehmen der öffentlichen Hand ist jedoch schon deshalb nicht wegen Verstoßes gegen die persönliche Entwicklungsfreiheit nach Art. 2 GG unlauter, weil niemand einen Anspruch auf Wahrung seiner wirtschaftlichen Position hat[162]. Darüberhinaus verleiht Art. 2 GG auch in Verbindung mit § 1 UWG dem einzelnen kein Recht, sich gegen eine rechtmäßige Beeinträchtigung zu wehren, die sich durch eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand als Folge des Leistungswettbewerbes einstellt. Die grundgesetzlich garantierte Unternehmensfreiheit wird nämlich durch eine Schmälerung des Wirtschaftserfolges nicht

---

261) RGZ 138, 174 "Haus der Jugend".

262) Kohler S. 17, Baumbach-Hefermehl Allg. UWG Anm. 17, 117.

angetastet[263].

(6) Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Grundrechten

Ihrer geschichtlichen Entwicklung und ihrem Sinngehalt nach richten sich die Grundrechte gegen den Staat und bieten dem einzelnen Bürger Schutz vor obrigkeitlicher Willkür. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen die Grundrechte sich in erster Linie nicht gegen den Staat, sondern gegen andere Rechtsunterworfene richten. Diese sogenannte Drittwirkung der Grundrechte besitzt bis heute noch keinen allgemein anerkannten und absteckbaren Umfang. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[264] kann weder zur Unterstützung der einen extremen Meinung, die in den Grundrechten ausschließlich Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sieht, noch der anderen in Anspruch genommen werden, die eine Geltung zumindest einiger Grundrechte auch im Privatrechtsverkehr gegen jedermann annimmt[265].

Das System der Grundrechte und das Privatrechtssystem sind jedoch beide integrierende Teile einer einheitlichen Gesamtrechtsordnung, denn es ist schwerlich vorstellbar, daß der Verfassungsgeber beide als beziehungslos nebeneinanderstehend betrachtet hat. Als "Einbruchstellen" der Grundrechte in das Zivilrecht werden daher Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe - wie auch § 1 UWG und die "guten Sitten" - bezeichnet, die am Wertgehalt der Grundrechte gemessen und damit vom Verfassungsrecht her mit positiven Kriterien ausgefüllt werden sollen[266]. Bei der Entscheidung über Forderungen der sozialen Gebote im Einzelfall muß in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das Volk in seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung verwirklicht hat[267].

---

263) H. Schricker S. 150.

264) vor allem BVerfGE 7, 198 (204) "Lüth-Urteil".

265) Leibholz-Rinck, Anm. 2 Vor Art. 1 - 19, Baumbach-Hefermehl, Allg. Anm. 41.

266) BVerfGE 7, 198 (206) "Lüth-Urteil", Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 94, Dürig, Grundrechte Bd. II S. 507 (525); a.M. Leisner, Grundrechte und Privatrecht S. 353 ff, der eine unmittelbare Drittwirkung, begrenzt durch den allgemeinen Gesetzesvorbehalt, annimmt; und Nipperdey in DVBl 1958, 445 (447).

267) Leibholz-Rinck, Anm. 2 Vor Art. 1 - 19

Wird darüber hinaus dem Wettbewerber von einzelnen Grundrechten mit bindender Wirkung eine bestimmte Rechtsposition im Verkehr mit anderen Rechtsunterworfenen gewährt[268], so liegt der Schluß nahe, daß die Verletzung dieser Grundrechte im Wettbewerb auch sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG sein kann[269]. Der Bundesgerichtshof stellte sich auf den Standpunkt[270], daß einzelne Grundrechte auch alle Wettbewerber untereinander bindende Gesetze sein können. In der kostenlosen Verteilung eines Inseratenblattes mit redaktionellem Inhalt zu Wettbewerbszwecken könne - so stellte der BGH fest - eine Verletzung des in Art. 5 I 2 GG niedergelegten, unabdingbaren Grundrechts der Pressefreiheit liegen. "Ihre hohe staatspolitische Aufgabe als Trägerin und Gestalterin der öffentlichen Meinung, als Organ des Nachrichtenwesens und als gesundes Gegengewicht gegen unerwünschte Machtkonzentration" könne die Presse nämlich nur dann erfüllen, so führte der BGH aus, wenn sie den gebührenden Schutz vor Inseratenverlust und damit vor Verkümmerung erfahre. Die Gratisverteilung des Offertenblattes könne daher eine Verletzung des drittgerichteten Grundrechts der Pressefreiheit sein und widerspreche dadurch den Interessen der Allgemeinheit in einem Maße, daß sie von dieser als wettbewerbs- und damit sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG angesehen werde.

Neben der Pressefreiheit kann auch die Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 I GG) durch Mitbewerber infolge ihrer Drittwirkung unlauter sein[271]. Das gleiche gilt, ohne daß hier darauf eingegangen werden kann, inwieweit die Drittwirkung dieser Grundrechte bestritten wird[272], für das Diskriminierungsverbot ohne rechtfertigenden Zweck und das Gebot der Lohngleichheit von Mann und Frau bei gleicher Arbeit und gleicher Leistung (Art. 3 GG)[273], für das Recht auf Meinungsfreiheit in den Grenzen des Art. 5 I 1 GG[274], für

---

268) Nipperdey, Grundrechte Bd. II S. 1 (20).

269) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 343, Simitis S. 181, Hefermehl in GRUR 1957, 560.

270) BGHZ 19, 392 (399) "Anzeigenblatt".

271) Nipperdey, Grundrechte, Bd. II, S. 1 (37) nennt sie ein subjektives, absolutes und generell geschütztes Privatrecht des einzelnen.

272) vgl. dazu Dürig, in Festschrift für Nawiasky, S. 157 (168).

273) Nipperdey, Grundrechte, Bd. II S. 1 (20), BAG in JZ 1954, 568 und BAGE 4, 125, 133 sowie 240.

274) BAG in NJW 1955, 606.

den Schutz der Ehe (Art. 6 GG)[275], für das Recht auf Freizügigkeit nach Art. 11 GG[276], für das Recht auf Berufsfreiheit und freie Wahl des Arbeitsplatzes[277] (Art. 12 GG), sowie für die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. So verletzen beispielsweise Zölibatsklauseln in Arbeitsverträgen die in Art. 1 I, 2 I und 6 L GG niedergelegten Grundrechte[278], so daß sie nicht nur rechtsunwirksam sind, sondern auch das Verhalten des Arbeitgebers, der mit Hilfe solcher Klauseln einen wettbewerblichen Vorsprung vor seinen Mitbewerbern erzielen will, unlauter im Sinne des § 1 UWG machen.

(7) Die Verletzung nichtiger Verträge und Normen

Rechtlich verpflichtende Kraft kann nur gültigen, mit der Verfassung in Einklang stehenden Bindungen zukommen. Laufen jedoch beispielsweise vertragliche Verpflichtungen selbst den guten Sitten oder gesetzlichen Vorschriften zuwider, so sind sie nichtig und brauchen nicht mehr beachtet zu werden. Als rechtliches Nullum ist deshalb auch der Bruch solcher nichtiger Verträge selbst bei Hinzutreten qualifizierender Umstände, das Ausnützen eines fremden Vertragsbruches oder das Verleiten zu einem solchen wettbewerbsrechtlich irrelevant und kann auch nicht gegen die guten Sitten verstoßen[279].

Dasselbe muß auch für die Verletzung nichtiger, etwa verfassungswidriger Normen gelten. Stehen gesetzliche Verpflichtungen etwa auf Grund der geltenden Normenhierarchie (Art. 31 GG) mit höherrangigen Normen in Widerspruch, entbehren sie jeder verpflichtenden Kraft, wenn ihnen auch bis zu einer entsprechenden Verfassungsgerichtsentscheidung noch ein gewisser Rechtsschein der Gültigkeit zukommt. Hinterzog nun ein Gewerbetreibender etwa die sogenannte Zweigstellensteuer nach § 17 I GewStG[280] und gewann er auf diese Weise etwa durch Preisunterbietung vor seinen gesetzestreuen Mitbewerbern einen Wettbewerbsvorsprung, so handelte er dennoch

---

275) BGH in NJW 1952, 975

276) Dürig, Grundrechte, Bd. II, S. 507 ff, RG in Warneyers Rechtsprechung 1915, 9.

277) BVerfGE 7, 377 "Apotheken-Urteil", BAG in NJW 1962, 1981.

278) BAGE 4, 274, 277.

279) RGZ 120, 47 (51) = MuW 1927/28, 259, 154, 50 (53) "Sursum corda".

280) vom Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 19, 101, am 13. Juli 1965 wegen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz für verfassungswidrig erklärt.

nicht unlauter oder sittenwidrig. Er überrundete zwar seine Konkurrenten, die auf den Rechtsschein der Gültigkeit der Zweigstellensteuer vertrauten, er tat dies aber mit durchaus zulässigen, nicht mit sittenwidrigen Mitteln, da § 17 I GewStG wegen seiner Verfassungswidrigkeit nie verpflichtende Kraft beikam.

2) Die Verletzung berufsständischer Ordnungen (sog. Berufsstandsvergessenheit)

Die Bindungen, denen der einzelne Wettbewerber unterliegt, beschränken sich nicht lediglich auf staatliche Normen, sondern sind auch in Standes- und Ehrenordnungen sowie in Berufsanschauungen zu finden. Dies gilt besonders für die freien Berufe, deren Standesordnungen im Gegensatz zu denen der Gewerbetreibenden ausgeprägter und detaillierter zu sein pflegen. Es kommt jedoch nicht darauf an, inwieweit diese Bindungen schriftlich niedergelegt sind, oder inwieweit sie, ähnlich den Handelsgewohnheiten und -gebräuchen des § 346 HGB, lediglich in gewachsenen Berufsanschauungen bestehen, die in den beteiligten Kreisen beachtet werden.

Es kann jedoch nicht schon jede zu Wettbewerbszwecken vorgenommene Verletzung dieser Standes- und Berufsordnungen zugleich einen Wettbewerbsverstoß enthalten[281]. Dies wird auch von den Verfechtern der Meinung anerkannt, die in einem solchen Wettbewerbsverstoß eine Verletzung von Grundsätzen der Moral und der Sittlichkeit sehen[282]. Noch viel weniger als die Verletzung von staatlichen Normen kann nämlich der Verstoß gegen - zumeist freiwillig übernommenen - Berufsordnungen und -anschauungen Grundsätzen der Sittlichkeit widersprechen. Auch die Einhaltung von Handelsbräuchen, von Sitten und Gewohnheiten in einem bestimmten Wirtschaftszweig kann niemals als sittliche Pflicht oder als ethisches Gebot für den einzelnen Wettbewerber bezeichnet werden[283]. Wenn dennoch die Rechtsprechung früher vielfach eine Verletzung von Standesordnungen oder Anordnungen von Wirtschafts- und Fachgruppen schlechthin als sittenwidrig und daher als Wettbewerbsverstoß abstempelte[284], so ist dies mit der nationalsozialistischen Anschauung der Einheit von Recht und Moral[285] zu erklären.

---

281) h. M. Gamm S. 220.
282) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 349, Einl. UWG Anm. 53, 73.
283) Kraft S. 117, a. M. OLG Hamburg in GRUR 1956, 475.
284) OLG Celle in JW 1938, 885 f und OLG München in HRR 1939, 1188 für Dentistenwerbung entgegen Anordnung des "Reichsdentistenführers".
285) vgl. Rudloff-Blochwitz S. 264.

Eine Wettbewerbshandlung kann jedoch nicht schon deshalb sittenwidrig sein, weil sie sich nicht an das "Übliche" hält, oder weil sie irgendwelche Anordnungen, Richtlinien oder Empfehlungen von Standesorganisationen oder Berufsvertretungen, Vereinen oder sonstigen Körperschaften verletzt[286].

Sittenwidrig ist jedoch nach ganz allgemeiner Meinung, wenn ein Wettbewerber sich bewußt oder systematisch über die für ihn maßgebenden und verbindlichen Standes- und Berufsordnungen hinwegsetzt, um sich auf diese Weise einen Wettbewerbsvorsprung vor seinen standestreuen Mitbewerbern zu sichern, obwohl die berufsständische Ehre nach Anschauung der Standesgenossen die Einhaltung der Standesordnung verlangt [287]. Unerheblich ist es dabei, ob der Verletzer der jeweiligen Standesorganisation angehört, da er allein durch seine Zugehörigkeit zum Stand auch den standesrechtlichen Bindungen unterworfen ist[288]. Diese gelten, obwohl ihnen keine Gesetzeskraft zukommt, als allgemein gültige und beachtete Standesanschauungen, so daß sie zumindest im Rahmen des § 1 UWG als Erkenntnisquelle für das Anstandsverhalten des Wettbewerbers in der jeweiligen Branche oder in dem betreffenden freien Berufe dienen können[289].

3) Die Verletzung vertraglicher Bindungen

Ebenso wie die Verletzung absoluter Rechte im Wettbewerb unter bestimmten Umständen unlauter ist, kann auch durch Außerachtlassung vertraglicher Rechte und Pflichten wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit eintreten.

In der Beurteilung sind jedoch vertraglich gebundene Händler von Außenseitern scharf zu unterscheiden. Unterbieten letztere die Preise der gebundenen Mitbewerber oder bieten sie trotz bestehender Alleinvertriebsbindungen Ware an, so ist ihr Verhalten Ausdruck freien Wettbewerbs und daher grundsätzlich erlaubt, es sei denn, daß qualifizierende Umstände hinzutreten,

---

286) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm. 59, 62.

287) BGHZ 28, 54 (60) "Direktabsatz", Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Anm. 349, Gamm S. 220

288) OLG Bremen in NJW 1954, 1937 (1939) und OLG München in WRP 1956, 103 für Werbung von Dentisten, die nicht der Kassendentistischen Vereinigung angehörten, Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 70.

289) BGH in GRUR 1961, 288 (292) "Zahnbürsten" mit Anmerkung von Droste in GRUR 1961, 294, OLG Hamburg in WRP 1957, 199, BGH in GRUR 1959, 35 "Zahnprothetiker".

die die Preisunterbietung sittenwidrig erscheinen lassen[290]. Diesen können vorliegen, wenn sich der Außenseiter die Markenware auf Schleichwegen, durch Verleitung zum Vertragsbruch oder durch Ausnutzung fremden Vertragsbruchs verschafft. In diesen Fällen wird die Preisunterbietung nur durch unlautere Umstände ermöglicht, so daß das Verhalten des Außenseiters sittenwidrig ist und ein lückenlos durchgeführtes Preisbindungssystem wettbewerbsrechtlichen Schutz genießt. Dieser kommt in der Möglichkeit zum Ausdruck, daß sowohl das preis- oder vertriebsbindende Unternehmen als auch die vertragstreuen Händler Maßnahmen nach dem UWG gegen den unlauteren Außenseiter ergreifen.

Nach §§ 16 und 18 I Ziff. 3 GWB zulässig und allgemein verbreitet sind vertikale Preisbindungen, mit denen der Hersteller bereits den Groß- und/oder den Einzelhandelspreis bindend vorschreibt, und Vertriebsbindungen, die den Absatz der Ware nur an bestimmte Abnehmergruppen gestatten, oder bestimmte Abnehmergruppen (z.B. Warenhäuser) vom Warenbezug ausschließen. Horizontale Preisbindungen zwischen Angehörigen ein- und derselben Wirtschaftsstufe fallen allerdings unter das Verbot des § 1 GWB. Wirksamkeitsvoraussetzung ist jedoch in jedem Fall die Lückenlosigkeit des Bindungssystems, denn es ist für einen gebundenen Händler unzumutbar, eine eingegangene Bindung zu befolgen, wenn seine Konkurrenten nicht ebenfalls gebunden sind oder sich tatsächlich nicht mehr an die Bindung halten

Werden Preis- oder Vertriebsbindungen durch einen Händler verletzt, so steht dem bindenden Unternehmen ein vertraglicher Erfüllungsanspruch auf Einhaltung der Bindung zu. Daneben ergibt sich jedoch gegen den gebundenen Händler meist noch ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch, der sowohl von den vertragstreuen Mitbewerbern als auch von Verbänden oder dem bindenden Unternehmen selbst durchgesetzt werden kann[291]. Die Sittenwidrigkeit des Verhaltens des gebundenen Händlers folgt aus dem Bruch der eigenen Vertragspflicht zusammen mit der Spekulation auf die Vertragstreue der Mitbewerber, um sich so einen ungehörigen, wettbewerblichen Vorsprung zu beschaffen. Gerade die Kombination dieser Elemente,

---

290) herrschende Meinung: BGHZ 37, 30 "cash and carry", BGH in GRUR 1960, 331 "Schleuderpreise", Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 220, 413 und 443.

291) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 409.

die Planmäßigkeit und Systematik des Vorgehens verrät, ist den vertragstreuen Händlern nicht zumutbar, denn durch die Preis- oder Vertriebsbindung wird eine par condicio concurrentium, eine konforme Wettbewerbslage geschaffen, die von einem Mitbewerber auf Kosten der anderen durchbrochen wird. Auf Grund der alle Mitbewerber gleichmäßig erfassenden Bindungswirkung nähert sich der Verletzer in der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung schon sehr stark an den Gesetzesübertreter an. Während jedoch bei diesem meist das Hinzutreten erschwerender Umstände gesondert festgestellt werden muß, wohnt Preis- und Vertriebsbindungen eine unmittelbar wettbewerbsregelnde Wirkung inne, so daß bei ihrer Verletzung der unverdiente Wettbewerbsvorsprung und damit die Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG bereits indiziert wird. Der Bruch einer Preis- oder Vertriebsbindung hat daher grundsätzlich einen Wettbewerbsverstoß zur Folge.

Werden jedoch vertragliche Bindungen allgemeiner Art verletzt, so liegt darin zwar ein Verstoß gegen Treu und Glauben und ein Vertragsbruch, aber noch nicht unbedingt auch ein Verstoß gegen die guten Sitten. Der Vertragsbruch als solche ist wertneutral[292], denn es gibt keine sittliche Prinzipien ausdrückende Norm, die eine unbedingte Vertragserfüllung verlangt. Auch dem Satz 'pacta sunt servanda' kommt lediglich eine allgemeine Ordnungswirkung zu, er ist keinesfalls Ausdruck eines ethischen Gebots. Erst mit dem Hinzutreten erschwerender Umstände kann Sittenwidrigkeit eintreten[293].

Diese Umstände können die gleichen sein, die auch bei Gesetzesverletzungen zur Sittenwidrigkeit der Wettbewerbshandlung führen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Verletzer durch den Vertragsbruch einen Vorsprung vor den vertragstreuen Mitbewerbern erzielen will[294]. Die Beurteilung des Vertragsbruchs selber tritt jedoch in der Praxis an Bedeutung weit hinter der wettbewerbsrechtlichen Qualifizierung der

---

292) Schramm in GRUR 1961, 328; BGHZ 12, 317; RAGE 3, 140 (145).

293) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 351.

294) Allg. Meinung, vgl. BGHZ 37, 30 (34) "cash and carry", Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 352, Schramm in GRUR 1961, 328 (332), Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 16; Koenigs in NJW 1961, 1041 (1045) und Rasch in WuW 1953, 387 (394) für den Verlustpreisverkauf.

Beteiligung an fremden Vertragsbruch zurück. Gerade in diesem Bereich treten häufig Umstände zutage, die wegen der Unzulässigkeit des angewandten Mittels oder des verfolgten Zwecks die Sittenwidrigkeit der Wettbewerbshandlung begründen. Hierzu gehören in erster Linie Ausnutzung eines fremden Vertragsbruches und Verleiten zu einem solchen. Beide Tatbestandsformen setzen eine rechtswirksam zwischen Dritten bestehende vertragliche Verpflichtung voraus.

Während die Rechtsprechung des Reichsgerichts zunächst schwankte, ob die Verleitung zu fremden Vertragbruch sittenwidrig sei[295], wird dies von der allgemeinen Meinung nun regelmäßig bejaht, wenn es zur Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs geschieht[296]. Begründet wird diese Folge letztlich damit, daß der Wettbewerber, der auf den Bruch eines zwischen Vertragspartnern bestehenden Rechtsverhältnisses hinwirkt, dadurch versucht, gegenüber seinen Mitbewerbern, die die Rechtsordnung respektieren, einen ungerechtfertigten Vorteil zu erzielen[297]. Hierher gehört auch das Ausspannen von Beschäftigten oder Kunden eines Mitbewerbers durch Verleitung zum Vertragsbruch[298].

Die Ausnutzung eines fremden Vertragsbruchs ist als solche jedoch noch nicht sittenwidrig, solange sie sich darauf beschränkt, "eine Gelegenheit wahrzunehmen"[299]. Erst eine qualifizierte Ausnutzung, bei der der Ausnutzende durch aktives Handeln auf den Vertragsbruch hinwirkt, etwa, um Kenntnisse, Geschäftsgeheimnisse, Aufzeichnungen, Kundenlisten etc. zu erlangen und zu verwenden, weist in sich einen so hohen wettbewerblichen Unrechtsgehalt auf, daß sie ohne weiteres als sittenwidrig zu beurteilen ist.

---

296) BGH in LM Nr. 33 zu § 1 UWG "Drahtverschluß", Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 357.

297) Sass, Diss., S. 36.

298) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 320 und 332.

299) BGH in WRP 1957, 8, Sass, Diss., S. 37 f,
Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 359,
Reimer, Kap. 76 III S. 517.

VI. EINWENDUNGEN GEGEN DIE HERRSCHENDE MEINUNG

1) Abgrenzungsschwierigkeiten

Die herrschende Meinung unterscheidet, ob die verletzte Norm Ausdruck sittlicher Anschauungen und ethischer oder moralischer Prinzipien ist, oder ob es sich lediglich um ein Gesetz handelt, das aus Erwägungen ordnender Zweckmäßigkeit ergangen ist. Nur im ersten Falle ziehe die Gesetzwidrigkeit auch die Wettbewerbswidrigkeit nach sich, im zweiten Fall bedürfe es dazu jedoch des Hinzutretens besonderer Umstände[300].

Bei dieser Unterscheidung nach der sittlichen Fundierung der verletzten Norm kommt die herrschende Meinung jedoch öfter in Schwierigkeiten. Es gibt nämlich eine Unmenge von Gesetzen und Vorschriften, die aus den verschiedensten Erwägungen heraus erlassen wurden, so daß - etwa vorhandene - ethische Prinzipien dabei leicht überbewertet und in den Vordergrund geschoben werden können. Insbesondere die Rechtsprechung unterliegt hierbei der Versuchung, sich etwa von soziologischem, mittelstandspolitischem oder ständischem Denken leiten zu lassen und sich hierbei mehr an dem erwünschten Ergebnis als an der konkreten Natur der Sache zu orientieren. Sie treibt dabei ohne Befugnis Wirtschaftspolitik, was selbst dem Bundesverfassungsgericht als Organ der rechtsprechenden Gewalt nicht gestattet ist[301]. So liegt es beispielsweise nahe, daß die ethische Fundierung des Rechtsberatungsmißbrauchsgesetzes besonders deshalb herausgestellt wird[302], weil es dem Schutz der Rechtsanwälte und nicht irgendwelcher Gewerbetreibender dient. Andererseits vermied es die höchstrichterliche Rechtsprechung, etwa festzustellen, daß das Margarinegesetz auch dem Schutz der Volksgesundheit dient[303], daß § 14 GewO[304] und § 35 GewO[305] auch den Schutz der Allgemeinheit und der Mitbewerber bezwecken und aus wirtschaftspolitischen Erwägungen erlassen wurden.

---

300) z.B. BGH in GRUR 1960, 193 "Frachtenrückvergütung", Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 343, 344.

301) Maunz, Deutsches Staatsrecht S. 249.

302) BGH in NJW 1956, 749 f, LG Köln in GRUR 1953, 258, Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 347, Almenräder S. 20.

303) BGH in GRUR 1958, 86 "Ei-fein".

304) BGH in GRUR 1963, 578 "Sammelbesteller"

305) RGZ 166, 315 "Immobilienmakler".

Die Trennung in wertneutrale Normen und solche, die Ausdruck sittlicher Prinzipien sind, erweist sich wegen der Vielfalt der zugrundeliegenden Erwägungen vielfach nicht nur als schwierig, sondern sogar als unmöglich. Wo sie dennoch durchgeführt wird, scheinen die leitenden Kriterien oft willkürlich gewählt und nur auf den der Beurteilung unterliegenden Sachverhalt zugeschnitten. Wegen der großen Bedeutung, die dieser Unterscheidung jedoch nach der herrschenden Meinung zukommt, müßte sie aus zwingenden Gründen der Rechtsstaatlichkeit so klar und eindeutig gezogen werden können, daß jeder Rechtsunterworfene von sich aus die Trennungslinie erkennen kann. Daß dies bei der Komplexheit der heutigen Gesetzgebung zu diesem Problemkreis nicht der Fall ist, liegt auf der Hand und ergibt sich auch aus der Unschlüssigkeit und Uneinigkeit, mit der selbst Kollegialgerichte an die Trennung herangehen. So räumte das LG München I als erstinstanzliches Gericht in seiner Süßbier-Entscheidung[306] ausdrücklich ein, daß entgegen seiner eigenen Meinung auch die Auffassung vertreten werden könne, die erörterten biersteuerrechtlichen und lebensmittelrechtlichen Vorschriften seien nicht im öffentlichen Interesse, insbesondere zum Schutz der Volksgesundheit erlassen worden und seien somit wertneutral.

Dieser Zustand ist jedoch unhaltbar und widerspricht dem Rechtsstaatsprinzip, da die herrschende Meinung entgegen der Auffassung der meisten verständigen Rechtsunterworfenen gerade schon in dem formalen Verstoß gegen ein Gesetz, das Ausdruck sittlicher Erwägungen ist, ohne Hinzutreten weiterer Umstände einen Wettbewerbsverstoß sieht[307].

2) Inkonsequenz der Rechtsprechung bei Behandlung dieser Probleme

Wenn auch die von der Rechtsprechung erzielten Ergebnisse wenigstens dem geschilderten Sachverhalt nach in den meisten Fällen befriedigen, lassen sich die gegebenen Begründungen doch längst nicht alle mit der herrschenden Meinung vereinbaren. Dies liegt wohl in erster Linie an der Flexibilität des Wettbewerbsrechts, das die Betrachtung des Falles vom Ergebnis her besonders nahelegt.

---

306) zitiert in dem BGH-Urteil in demselben Fall in LM Nr. 1 zum Biersteuergesetz = GRUR 1960, 243.

307) BGH in GRUR 1963, 536 (538) "Iris",
Heydt in GRUR 1964, 272 f,
Hefermehl in GRUR 1957, 560.

Immer wieder finden sich auch neueste Urteile der Obergerichte, die mit keinem Wort auf die herrschende Meinung zu diesem Problem eingehen und daher auch keine Unterteilung in Verstöße gegen wertneutrale oder sittlich fundierte Normen vornehmen[308]. Auch der Bundesgerichtshof gerät bei der Anwendung der herrschenden Meinung zuweilen in Schwierigkeiten. So führte er in seiner "Anzeigenblatt-Entscheidung"[309] zwar aus, die kostenlose Verteilung eines Inseratenblattes verletze das unabdingbare Grundrecht der Pressefreiheit. Zugleich schien er sich jedoch vor der Konsequenz dieses Ausspruches zu fürchten, die bedeutet hätte, daß die fragliche Wettbewerbshandlung bereits ohne Hinzutreten weiterer Umstände sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG war, da mit stärkerer ethischer Fundierung ausgestattete Normen als die Grundrechte der Art. 1 ff GG wohl schwerlich zu finden sind. Statt dessen wies der BGH die Klage aber wegen des fehlenden Vorsprunges der Beklagten ab, prüfte also auch noch die nach herrschender Meinung nur bei Verletzung wertneutraler Normen zu berücksichtigenden "besonderen Umstände".

Zwar bezieht sich die herrschende Meinung, wenn sie die Unterteilung in wertneutral und ethisch fundiert fordert, expressis verbis nur auf Normen. Konsequenterweise hätte jedoch auch bei der Verletzung von gewerblichen Schutzrechten, formalen Rechtsstellungen, Berufsanschauungen, Standes- und Ehrenordnungen sowie Verträgen untersucht werden können, ob diese nicht Ausdruck ethischer Wertungen oder sittlicher Prinzipien sind. Dies unterblieb jedoch bisher, obwohl eine Bejahung die Prüfung weiterer hinzutretender Umstände überflüssig gemacht hätte.

Andererseits glaubte die Rechtsprechung offensichtlich wiederholt auf eine Prüfung dieser qualifizierenden Umstände auch dann nicht verzichten zu können, wenn sie bereits festgestellt hatte, daß der Verstoß sich gegen ein sittlich fundiertes Gesetz richtete. So führte der Bundesgerichtshof "sicherheitshalber" in seiner "Grobdesin-Entscheidung"[310] aus, durch die Nichtbeachtung der Kennzeichnungsvorschrift[311] habe sich die Beklagte einen ungehörigen Vorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft,

---

308) z.B. OLG Saarbrücken in AnwBl 1967, 29, OLG Celle in NJW 1965, 1670, OLG Düsseldorf in DB 1965, 629, KG in WRP 1963, 91.

309) BGHZ 19, 392 = GRUR 1956, 223.

310) GRUR 1964, 269.

311) §§ 4 und 14 Hamb. GifthandelsVO.

obwohl er vorher bereits die sittliche Fundierung des verletzten Kennzeichnungsgebotes, das dem Schutz der menschlichen Gesundheit dienen solle, bejaht hatte. Anschließend schnitt der BGH der Beklagten sogar gerade wegen der ethischen Fundierung dieser Norm die Einrede der Gutgläubigkeit ab[312]. Ebenso zog der BGH trotz der erkannten sittlichen Fundierung des verletzten Heilpraktikergesetzes in seinem "Heiltee-Urteil"[313] noch den erzielten und nicht zu billigenden Vorsprung vor der gesetzestreuen Konkurrenz heran, um die Unlauterkeit des Wettbewerbsverstoßes zu erhärten[314].

3) Mangelnde Unterscheidung zwischen guten Sitten und Sittlichkeit

Die herrschende Theorie, ein Verstoß gegen eine sittlich fundierte Norm ziehe ohne Hinzutreten weiterer qualifizierender Umstände die Sittenwidrigkeit nach sich, beruht auf der Auffassung, das verbotene Verhalten widerspreche den Anschauungen der verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden[315] und damit dem sittlichen Bewußtsein[316]. Die Werte der Moral, der Sittlichkeit, des Ethos werden also bemüht, um ein oft nur schlichtweg ordnungswidriges Verhalten als unlauter abzustempeln, obwohl im Wettbewerbsrecht gemäß Art. 10bis Abs. 2 der Pariser Verbandsübereinkunft die anständigen Gepflogenheiten, der kaufmännische Standesbrauch entscheiden[317]. Allerdings ist mit der Verweisung auf die 'anständigen' Gebräuche ein moralisches Werturteil eingeführt, das als ethisches Korrektiv eine letzte Verankerung und Fundierung des zulässigen gewerblichen Verhaltens in der Ebene der Moral bezweckt. Entsprechend dem Gesetz der Subsidiarität der Ethik im gesellschaftlichen Bereich[318] entscheidet dieses ethische Korrektiv jedoch nur in Zweifelsfällen als letzter Wertmaßstab. Im übrigen versucht das Wirtschaftsleben moderner Prägung mit dem in ihm herrschenden Pragmatismus und Materialismus, mit möglichst wenigen, dafür aber klaren und konkreten Normen und Bindungen auszukommen, so daß der Rückgriff auf irgendwelche für die meisten in

312) mit zustimmender Anmerkung von Heydt in GRUR 1964, 272.
313) GRUR 1957, 606 mit zustimmender Anmerkung von Bussmann in GRUR 1957, 609.
314) ebenso OLG Hamburg in WRP 1963, 374 für die HMVO.
315) OLG Köln in GRUR 1957, 157 "Gesundheitsbetteinlage", BGH in GRUR 1963, 536 "Iris".
316) Hefermehl in GRUR 1957, 560; Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 343; Almenräder S. 16.
317) Rinck in Festschrift für das OLG Celle S. 173.
318) Messner S. 410.

allzu weiter Ferne liegenden sittlichen Werte für die Beurteilung alltäglicher Sachverhalte nur noch als unglaubwürdig, wenn nicht als unangebracht und verlogen erscheint. Gerade der vielzitierte Durchschnittsgewerbetreibende wird bei einer täuschenden Reklame oder einer vergleichenden Werbung niemals das Bewußtsein haben, gegen Gebote der Moral und der Sittlichkeit verstoßen zu haben, viel eher wird er sich jedoch dem Vorwurf eines Verstoßes gegen die anständigen kaufmännischen Gepflogenheiten beugen.

Die herrschende Theorie führt zu der Schlußfolgerung, mit je größerem sittlichen Wertgehalt eine verletzte Norm ausgestattet ist, umso eher sei nach den Anschauungen der verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden ein wettbewerbliches Unwerturteil verwirkt. Mit anderen Worten: die Unlauterkeit des Wettbewerbsverhaltens wächst mit der ethischen Fundierung des verletzten Gesetzes. Gerade das entspricht jedoch nicht der Auffassung der Allgemeinheit und der Gewerbetreibenden. Danach bildet den grundlegenden Maßstab für die Annahme der Sittenwidrigkeit und damit überhaupt der wettbewerblichen Unerlaubtheit in allererster Linie die in der verletzten Norm angedrohte Strafsanktion und die wettbewerbliche Intensität des Verstoßes, also Planmäßigkeit des Vorgehens, Vorsprung vor Mitbewerbern oder ähnliche Umstände. Lediglich kriminelles Unrecht wird auch ohne weiteres als wettbewerbsrechtlich unlauter anerkannt, der Verstoß gegen nicht bewehrte sittlich fundierte Gesetze wird in der Regel jedoch gemeinhin noch nicht ohne weiteres als wettbewerbswidrig empfunden. Ethischer Gehalt einer Norm und Höhe der Strafandrohung werden zwar von der herrschenden Theorie als kongruent angesehen, sind es jedoch in Wirklichkeit nicht. Baumbach-Hefermehl stellen ausdrücklich fest[319], maßgeblich sei der materielle Unrechtsgehalt der Vorschrift, es komme also darauf an, ob es sich um kriminelles Unrecht oder um eine bloße Ordnungswidrigkeit handelt. Sie setzen dabei aber die Höhe der angedrohten Strafe mit dem Grad der sittlichen Mißbilligung der verbotenen Handlung gleich. Dies ist jedoch rechtsirrig, da die staatliche Strafe nicht Ausdruck eines ethischen Unwerturteils ist, sondern ihren Realgrund in ihrer Unerläßlichkeit zur Aufrechterhaltung der Gemeinschaftsordnung findet[320]. Da die Strafe für den Bestand der Rechtsordnung erforderlich ist, ist sie in erster Linie zweckgebunden und nicht nach der Sittlichkeit ausgerichtet. Dem

319) § 1 UWG Anm. 343.
320) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 210.

entspricht es, wenn beispielsweise die Unterlassung einer Kennzeichnung als Gift als Übertretung nur mit Geldstrafe bis zu DM 500,-- oder mit Haft bis zu 6 Wochen bestraft wird[321], obwohl die Vorschrift in erhöhtem Maße der menschlichen Gesundheit dient und somit ethisch fundiert ist. In noch stärkerem Maße unterscheiden sich Sittlichkeit und kriminelles Unrecht beispielsweise auf dem Gebiet der Gewerbsunzucht, die etwa in Bayern lediglich in Städten unter 20.000 Einwohnern generell verboten, in Städten über 50.000 Einwohnern jedoch generell erlaubt ist[322].

Ist also eine ethisch fundierte Norm nicht auch unbedingt strafbewehrt, richtet sich andererseits jedoch die Unlauterkeit einer eine Norm verletzenden Wettbewerbshandlung nach der maßgebenden Anschauung der verständigen, durchschnittlichen Gewerbetreibenden in erster Linie nach dem kriminellen Unrechtsgehalt und der wettbewerblichen Intensität der betreffenden Handlung, so sind Sittlichkeit, Ethos oder Moral nicht geeignet, Wertmaßstab der Sittenwidrigkeit zu sein. Nach Auffassung der Allgemeinheit und der maßgeblichen Kreise entscheiden auch beim wettbewerblichen Normenverstoß das gesunde und anständige kaufmännische Geschäftsgebaren, der Standesbrauch und die geltenden Gepflogenheiten, nicht jedoch in erster Linie schon sittlich-rechtliche Maßstäbe als Ausfluß ethischer Prinzipien[323]. Diese können lediglich subsidiär zum Tragen kommen, aber auch dann nur, wenn sich aus unbestreitbaren kaufmännischen Standessitten kein Anhaltspunkt mehr für die Bewertung der fraglichen Handlung gewinnen läßt und wenn feststeht, daß die herangezogenen ethischen Maßstäbe dem allgemeinen Bewußtsein des betreffenden Verkehrskreises entsprechen. Wird jedoch, wie die herrschende Theorie es tut, auf sittlich-rechtliche Prinzipien bereits zurückgegriffen, wenn es lediglich um die Beurteilung alltäglicher Lebensvorgänge geht, wie etwa der Begehung einer gewerberechtlichen Ordnungswidrigkeit, so werden nicht nur höchstrangige Normen unnötig herabgestuft, sondern es wird auch der Begriff der guten Sitten im Wettbewerb verkannt, und in eine dem modernen Geschäftsleben fremde Bedeutung hineingezwängt.

---

321) §§ 11, 17 III BayGiftVO i.V.m. §§ 367 I Nr. 5, 18 StGB, Art. 7 I Zweites Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs, vgl. BGH in GRUR 1964, 269 "Grobdesin".

322) vgl. BayLandesVO über das Verbot der Gewerbsunzucht vom 21. September 1960, GVBl S. 225.

323) So Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm. 51 ff, Almenräder S. 8.

4) Vermeidbarer Schuldvorwurf

Zu dem oben Gesagten kommt, daß bei Verstößen gegen "sittlich-rechtliche Prinzipien" den Täter in besonderem Maße ein moralischer Schuldvorwurf trifft[324], der umso ungerechtfertigter ist, als ihm regelmäßig das Bewußtsein fehlen wird, die Sittlichkeit verletzt zu haben, wo er höchstens den kaufmännischen Gepflogenheiten zuwiderzuhandeln meinte. So greift die Unterlassungsklage bei Verletzung von Normen mit sittlicher Fundierung nach herrschender Meinung sogar dann durch, wenn der Verletzer schuldlos gutgläubig war und durch den Verstoß nicht einmal einen Vorsprung vor seinen gesetzestreuen Mitbewerbern erzielte[325]. In diesem Grenzfall zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit, wie verfehlt und lebensfremd der Maßstab der Sittlichkeit im geschäftlichen Bereich den Verletzer mit einem vermeidbaren Schuldvorwurf belastet, obwohl nach herrschender Meinung für den Unterlassungsanspruch von einem Verschulden abzusehen ist[326].

Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann eben nicht nur, wie allgemein angenommen wird[327], bei sittlich verwerflichem Verhalten vorliegen, sondern auch bei schlicht ordnungswidrigem und sogar schuldlosem Wettbewerbshandeln[328]. Daß ein solches aber gerade nicht den Makel eines moralischen Schuldvorwurfs verdient, nur weil es nicht im Einklang mit der bestehenden Ordnung des Zusammenlebens auf wirtschaftlichem Gebiete steht, entspricht gerade der Auffassung des durchschnittlichen Gewerbetreibenden, auf die sich jedoch auch die herrschende Meinung zur Erreichung des gegenteiligen Ergebnisses stützen will. Dies soll jedoch keinesfalls bedeuten, daß nicht auch ein sittlich zu mißbilligendes Verhalten eines Wettbewerbers vorliegen kann, das aber regelmäßig auch den anständigen Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr widersprechen wird. Rein zahlenmäßig werden jedoch die sittlich einwandfreien Wettbewerbsverstöße überwiegen, die bei Kenntnis aller Tatumstände begangen wurden und lediglich eine Störung der wirtschaftlichen und rechtlichen Ordnung darstellen.

---

324) dagegen insbesondere Simitis, S. 51, Nerreter in GRUR 1937, 167 (169) und Gieseke in GRUR 1950, 298 (308).

325) Heydt in GRUR 1964, 272.

326) BGHZ 23, 184 (194) "Spalttabletten", Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 82.

327) h. M. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm. 51 ff.

328) Kraft S. 135.

VII. SCHLUSSFOLGERUNGEN AUS DEN EINWENDUNGEN GEGEN DIE HERRSCHENDE MEINUNG UND VERSUCH EINER LÖSUNG

Bei der Beurteilung eines Wettbewerbsverstosses durch Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen unterscheidet die herrschende Meinung, wie oben dargestellt, zwischen Gesetzen, die Ausdruck eines ethischen Prinzips oder eines sittlichen Gedankens sind und solchen, die lediglich aus Gründen ordnender Zweckmäßigkeit ergangen sind. Diese Abgrenzung beruht auf der irrigen Auffassung, Beurteilungsmaßstab für § 1 UWG sei in erster Linie die Sittlichkeit und begegnet aus diesem Grunde schweren Bedenken. Darüberhinaus ist die Unterscheidung zwischen wertneutralen und ethisch fundierten Normen nicht immer klar zu treffen und entspricht nicht den Auffassungen der Gewerbetreibenden und der Rechtsprechung, die sich oft auch noch auf andere Kriterien stützt, um ein wettbewerbliches Unwerturteil zu begründen. Die von der herrschenden Meinung durchgeführte Unterscheidung bringt auch einen vermeidbaren schweren Schuldvorwurf für den Verletzer mit sich, da sie auf der Auffassung gründet, jede sittenwidrige Handlung sei auch sittlich verwerflich und daher vorwerfbar.

Die Abgrenzung zwischen Verstößen gegen sittlich fundierte und wertneutrale Normen entspricht daher nicht den Erfordernissen des modernen, materiell und nicht ethisch orientierten Geschäftslebens und stellt einen überflüssigen Ballast für die Rechtsordnung dar.

Wie sich aus dem Gegensatz zwischen § 134 und § 138 BGB ergibt, ist nicht schon jede Gesetzesverletzung sittenwidrig. Dies gilt auch für § 1 UWG, denn es gibt keinen kaufmännischen Standesbrauch, der die unbedingte Beachtung gesetzter Normen im Wettbewerb verlangte. Für ein wettbewerbliches Unwerturteil kommt es deshalb immer auf das Hinzutreten bestimmter Umstände an, die nach der Anschauung der Mitbewerber das betreffende Verhalten erst sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG machen. Soweit die Handlung lediglich als lästig oder störend empfunden wird, ist sie noch wettbewerbseigen. Es mangelt ihr an der erforderlichen wettbewerblichen Minimalintensität oder an kriminellen Unwertgehalt, der sich seinerseits in der Höhe und Schwere der in der verletzten Norm angedrohten Strafe ausdrückt. Dabei ist es nach der maßgeblichen Auffassung der verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden unerheblich, ob der Verstoß sich gegen ein wertneutrales oder ein ethisch fundiertes Gesetz richtet. Da die Sitten-

widrigkeit des § 1 UWG an den zuständigen Gepflogenheiten und nicht an einem beinahe naturrechtlich anmutenden Ethos zu messen ist, kann auch der Verstoß gegen eine sittlich begründete Norm die Unlauterkeit der Handlung nicht ohne weiteres indizieren. Schon gar nicht kann jedoch die Sittlichkeit, die nach herrschender Meinung § 1 UWG für den geschäftlichen Verkehr verlangt, mit dem allgemeinen Ethos gleichgesetzt werden, dessen Ausdruck bestimmte Gesetze sind. Während hier nämlich immer der Schutz des allgemeinen Wohls, etwa im Sinne der Volksgesundheit, Anlaß und Grund des erlassenen Gesetzes ist, erstrebt § 1 UWG nur ein engeres Ziel: die gewerbliche Sittlichkeit im geschäftlichen Verkehr[329]. Wenn diese aber nach zutreffender herrschender Meinung den Bewertungsmaßstab einer Wettbewerbshandlung bilden soll, so ist sie nicht mit jenem dem Naturrecht angenäherten Maß allgemeiner und reiner Sittlichkeit zu verwechseln, das die grundlegenden zwischenmenschlichen Verhaltensgebote enthält. Sie steht nämlich wegen ihres engeren, abgegrenzten Aufgabenbereiches zu jener in einem Verhältnis, das etwa dem zwischen lex specialis und lex generalis zu vergleichen ist. Gewerblicher, das heißt also hier wettbewerbsbezogener Sittlichkeit widerspricht deshalb nicht schon ohne weiteres in vereinfachter Deduktion, was auch allgemeinen ethischen Prinzipien nicht standhält.

Vorliegende Arbeit geht jedoch von dem Standpunkt aus, die guten Sitten als Bewertungsmaßstab des § 1 UWG bedeuteten in erster Linie das anständige kaufmännische Geschäftsgebaren, wie dies auch Art. 10^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft festlegt, und erst in zweiter und subsidiärer die gewerbliche Sittlichkeit im geschäftlichen Verkehr. Ein Verstoß gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen ist daher grundsätzlich selbst dann wettbewerbsrechtlich neutral, wenn er eine ethisch fundierte Norm betrifft. Sittenwidrigkeit tritt erst dann ein, wenn dem Verstoß durch hinzutretende qualifizierende Umstände eine wettbewerbsrechtliche Minimalintensität zukommt, der ihn nach den Auffassungen der durchschnittlichen Gewerbetreibenden als unvereinbar mit anständigen Gepflogenheiten erscheinen läßt. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn Normen verletzt sind, denen selbst unmittelbar wettbewerbsregelnde Wirkung zukommt (RBerMG, HMWG). Nur in diesem Fall trägt der Normverstoß auch ohne weiteres die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit in sich.

---

329) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG Anm. 54, vgl. oben Anm. 94.

Daß aber die wettbewerbsrechtliche Erheblichkeit eines einfachen Gesetzesverstoßes das Hinzutreten besonderer Zusatzmerkmale erfordert, die das fragliche Verhalten von der Zone des Erlaubten in die des Unerlaubten, Sittenwidrigen treten lassen, wird allgemein anerkannt[330]. Vor inhaltsleer gewordenen Wendungen und barocken Schnörkeln in Urteilsbegründungen statt der präzisen Untersuchung qualifizierender Umstände warnt jedoch Tetzner[331] eindringlich. Er sieht eine Gefahr darin, daß die Rechtsprechung ohne genaue Prüfung Zusatzmerkmale zuläßt, um mit ihnen die Anwendung des § 1 UWG zu begründen, "auch wenn diese Zusatzmerkmale auf Sachverhalten beruhen, die immanente Bestandteile des freien Wettbewerbs sind".

Es bedarf daher einer Untersuchung der Momente und Merkmale, die als geeignete Abgrenzungskriterien für die gewerbliche Sittenwidrigkeit in Betracht kommen.

1) Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB

Diese besonderen, qualifizierenden Umstände lassen sich als Abgrenzungskriterien auch nicht dadurch ersetzen, daß die Unlauterkeit nur bei Verstößen gegen Normen angenommen wird, die auch Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB sind. Zwar können derartige Schutzgesetze alle Rechtsnormen sein, die den Schutz eines anderen bezwecken und in vielen Fällen wird dem im Wettbewerb verletzten Gesetz auch eine solche Qualifikation zukommen. Während die Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB jedoch den Schutz eines einzelnen oder eines bestimmten Personenkreises im Auge haben und bei einer Verletzung die deliktischen Ansprüche gewähren[332], ist das in § 1 UWG geschützte Rechtsgut neben den einzelnen Mitbewerbern auch die Allgemeinheit[333]. Bei einem Verstoß stehen nicht nur den betroffenen Konkurrenten, sondern nach § 13 I UWG auch den rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen die speziell wettbewerbsrechtlichen, quasideliktischen Ansprüche des UWG offen. Wenn die Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB aber schon deshalb keine befriedigende Abgrenzung bilden können, so tritt noch ein weiterer Grund hinzu. Wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit kann nämlich auch bei Verstößen gegen rein ordnende und lediglich aus Gründen staatlicher Zweckmäßigkeit erlassene

330) BGH in GRUR 1965, 373 "Blockeis II", BGHZ 23, 184 "Spalttabletten", Bussmann in GRUR 1958, 491, Schramm in GRUR 1960, 197 und 1961, 328f.
331) NJW 1962, 1087 (1091).
332) RGRK § 823 BGB Anm. 103.
333) vgl. oben S. 16 f.

Normen gegeben sein, die weder den Schutz eines einzelnen noch den eines bestimmten Personenkreises im Auge haben und deshalb auch keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB sind[334].

2) Planmäßigkeit des Vorgehens

Als geeigneter, das Wettbewerbsverhalten disqualifizierender Umstand kommt jedoch Planmäßigkeit des Vorgehens in Betracht. Darunter kann hier ein zielbewußtes und systematisches oder auch ein fortgesetztes Handeln verstanden werden, das der Wettbewerber zur Stärkung seiner Stellung verfolgt[335]. Vorsatz und Absicht genügen demnach allein noch nicht, um Planmäßigkeit und Systematik des Vorgehens annehmen zu können, vielmehr setzt dies auch einen vorgefaßten Plan voraus, der in einzelnen Stufen verwirklicht werden soll[336].

Für die herrschende Meinung gewinnt das Moment der Planmäßigkeit eine gewisse Problematik dadurch, daß sich sittlich-rechtliche Schlußfolgerungen erst aus der Beziehung der Planmäßigkeit zum konkreten Wettbewerbsverhalten ergeben[337]. Die Planmäßigkeit selbst ist nämlich ethisch indifferent, eine Summierung von wertneutralen Umständen ergibt aber noch nicht ohne weiteres sittliche Erheblichkeit. Problematisch für die herrschende Meinung ist die Planmäßigkeit als Abgrenzungskriterium jedoch nur insoweit, als eine lediglich auf Erwägungen ordnender Zweckmäßigkeit beruhende Norm verletzt ist. Nur bei diesen wertneutralen Normen ist ja nach dieser Ansicht das Hinzutreten besonderer Umstände, wie der Planmäßigkeit, erforderlich. Ist die verletzte Norm jedoch ethisch fundiert, ergebe sich die Unlauterkeit ja bereits aus der Gesetzesverletzung selbst.

Wird jedoch wie hier davon ausgegangen, daß auch ein einmaliger, gelegentlicher Verstoß gegen sittlich gegründete Normen regelmäßig noch keine wettbewerbliche Sittenwidrigkeit enthält, kann sich diese Beurteilung ändern, wenn ein Moment wie die Planmäßigkeit hinzutritt. Durch fortlaufende und planmäßige Betätigung kann auch eine wettbewerbskonforme Handlung ihre lautere Wesensart verlieren und für die Mitbewerber und Allgemeinheit unzumutbar werden[338].

334) z.B. Verstoß gegen § 14 GewO, BGH in GRUR 1963, 578, "Sammelbesteller".
335) RGZ 77, 217 (220), RGZ 149, 114 (117).
336) RG in GRUR 1939, 728, (730), Schramm in GRUR 1961, 328 (332).
337) vgl. Almenräder S. 29 und 46, Baumbach-Hefermehl Einl.UWG Anm. 68.
338) Callmann in MuW 1929, 570 f.

Beurteilungsmaßstab jeden wettbewerblichen Verhaltens sollen ja nicht die Sittlichkeit als höchstrangiges Postulat, sondern die anständigen gewerblichen Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr sein. Es kommt also nicht auf die Verwerflichkeit der Gedankeneinstellung[339] beim gesetzwidrigen Vorgehen an, sondern schlichte Planmäßigkeit oder Systematik als wertneutraler Umstand kann bereits dem guten kaufmännischen Standesbrauch widersprechen[340]. Gerade durch die fortgesetzte Zuwiderhandlung gegen die von allen zu beachtenden Gesetze wird nämlich der Leistungswettbewerb zugunsten eines unlauteren Mitbewerbers verzerrt. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich demnach aus dem Gesamtverhalten des Verletzers, das sich aus dem zu Wettebwerbszwecken begangenen Gesetzesverstoß und aus der planmäßigen Wiederholung desselben zusammensetzt.

Es kommt beim Moment der Planmäßigkeit also gerade auf die Vielzahl der einzelnen Gesetzesverstöße an, die zusammengenommen die zur Anwendung des § 1 UWG erforderliche wettbewerbliche Minimalintensität ergeben. Unter Umständen läßt sich jedoch auch eine einmalige Verletzung allgemeingültiger Normen denken, die im Ergebnis dieselbe Wettbewerbswidrigkeit und dieselbe Minimalintensität ergibt und deshalb ebenfalls als sittenwidrig qualifiziert werden muß. So kann ein Gewerbetreibender etwa fortgesetzt Lebensmittel mit unzulässigem Zusatz[341] um einen geringen Betrag billiger verkaufen. Er kann seine Lage aber auch ebenso verbessern und den Leistungswettbewerb verzerren, indem er etwa durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen zinslosen öffentlichen Kredit mit langer Laufzeit und in erheblicher Höhe erschwindelt. Planmäßigkeit ist deshalb entgegen der Ansicht von Callmann[342] nicht geeignet, einziges Abgrenzungskriterium für die Feststellung eines Wettebwerbsverstoßes zu sein. Zwar objektiviert sich die Planmäßigkeit durch die fortgesetzte, rechtswidrige Tat, sie bleibt jedoch ein subjektives, im allgemeinen schwer nachweisbares Moment. Auch aus diesem Grunde ist sie wenig geeignet, alleiniger disqualifizierender Umstand im Wettbewerbsrecht zu sein[343].

---

339) Almenräder S. 46.
340) Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 23.
341) RG in MuW 1932, 83 "Lebensmittelverkauf".
342) Der Unlautere Wettbewerb, S. 58.
343) Jossi S. 80.

3) Die Wettbewerbsnähe des verletzten Gesetzes

Da die Planmäßigkeit allein wegen ihres Übergewichts auf der subjektiven Seite des Tatbestandes auf der subjektiven Seite des Tatbestandes als Abgrenzungskriterium nicht befriedigt, wurde versehentlich versucht, ein solches aus rein objektiven Merkmalen zusammengesetztes zu finden. Dabei tauchte der Gedanke auf, eine zweckmäßige Beschränkung darin zu sehen, daß man nur die Verletzung solcher Gesetze als sittenwidrig betrachtete, die eine enge Beziehung zur Wettbewerbstätigkeit selbst aufweisen konnten. Diese sogenannte Wettbewerbsnähe der verletzten Norm erhielt als Prüfungskriterium große Bedeutung, weil auch Verstöße gegen Gesetze vorliegen können, die in keiner Weise mit dem Wettbewerb in Verbindung stehen und deren Verletzung folglich auch wettbewerbsrechtlich als völlig irrelevant angesehen wird[344]. So entbehren etwa die Regelungen über die Vorfahrtberechtigung an Straßenkreuzungen oder das Verbot des Hochverrats jeder wettbewerbsrechtlichen Bedeutung. Andererseits gibt es Normen, wie sie sich etwa im Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz und im Heilmittelwerbegesetz finden, denen eine solche wettbewerbsregelnde Kraft innewohnt, daß jeder Normverstoß zugleich wettbewerbliche Unlauterkeit herbeiführt. Im Kreis der außerwettbewerbsrechtlichen Normen kommt diesen Gesetzen jedoch eine Ausnahmestellung zu, da bei ihnen nach zutreffender Ansicht auf das Hinzutreten gravierender Umstände verzichtet werden kann, um zur Bejahung der Sittenwidrigkeit zu gelangen. Kraft ihrer Sonderposition und ihrer Zweckbestimmung konkretisiert sich in ihnen die Wettbewerbsnähe nämlich in so starker Weise, daß ihnen selbst wettbewerbsregelnder Charakter zukommt.

Fraglich kann hier jedoch nur sein, ob die Wettbewerbsnähe geeignet ist, bei allen anderen Normverstößen einziges Abgrenzungskriterium zu sein. Je enger die Nähe des verletzten Gesetzes zum Wettbewerbsrecht und damit zur Sphäre der Gewerbetreibenden ist, desto eher kann der Schluß auf das Vorliegen wettbewerblicher Sittenwidrigkeit gerechtfertigt erscheinen.

Aus diesem Grunde stellt Jossi[345] für das Schweizer Recht nur auf die Wettbewerbsnähe des verletzten Gesetzes ab. Da die Anwendungsvoraussetzungen die gleichen wie nach deutschem Wettbewerbsrecht sind und auch Jossis Ausgangsbasis vergleichbar erscheint, interessieren seine Ausführungen auch

344) Gamm S. 218; Almenräder S. 57.
345) S. 81 ff.

hier. Alfred Jossi geht von der Natur der Wettbewerbstätigkeit aus, die er darin sieht, daß Waren oder Leistungen einem Kreis von Abnehmern angeboten und eventuell auch abgesetzt werden. Demgemäß unterscheidet er Vorschriften über die Voraussetzungen der Wettbewerbstätigkeit, über das Verhältnis des Wettbewerbers zu seinen Kunden, zu seinen Konkurrenten, über Herstellung und Bezug der Leistung und sonstiger Normen. Während er bei den Letztgenannten überhaupt die Möglichkeit eines Wettbewerbsverstoßes verneint, kommt er bezüglich der anderen Vorschriften zu der Ansicht, jede Verletzung beinhalte eine so starke wettbewerbsrechtliche Intensität, daß Sittenwidrigkeit eintrete.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt Kraft[346)] im Bereich des deutschen UWG. Zwar will er das Urteil "gesetzwidrig" über eine Handlung nicht automatisch dem Urteil "sittenwidrig" gleichstellen, hält dies aber immer dann für gerechtfertigt, "wenn das verletzte Gesetz mit dem wirtschaftlichen Wettbewerb, wenn auch nur im weitesten Sinne, zusammenhängt". Kraft schränkt diese These jedoch insoweit ein, als er die Sanktionen des UWG nur dort anwenden will, wo die Verletzung auch tatsächlich geeignet ist, die Stellung des Täters im Wettbewerb zu verbessern. Aber der Verstoß gegen ein wettbewerbsnahes Gesetz ist nicht in allen Fällen geeignet, wettbewerblich den Konkurrenten gegenüber erheblich zu werden und die eigene wirtschaftliche Stellung des Verletzers in irgendeiner in Betracht kommenden Weise zu verbessern. Hält ein Gewerbetreibender seinen Laden länger geöffnet als das Ladenschlußgesetz erlaubt, verstößt er zweifellos gegen ein Gesetz, das in äußerst engem Verhältnis zum wirtschaftlichen Wettbewerb steht. Tut er dies jedoch nur einmal, um eine Nachbarin mit etwas Lebensmitteln zu versorgen, deren Einkauf sie vorher vergessen hatte, so wird weder die wirtschaftliche Stellung des Verletzers, noch sein Verhältnis zu seinen Konkurrenten, noch der Leistungswettbewerb im allgemeinen in irgendeiner meßbaren Weise berührt. Noch deutlicher tritt dies hervor, wenn beispielsweise ein Bäcker das Nachtbackverbot nur deshalb übertritt, weil er am Vormittag zu einer Beerdigung gehen muß. Zwar mögen diese Fälle überspitzt erscheinen, jedoch wird gerade an ihnen ersichtlich, wie lebensfremd es wäre, hier von gewerblicher Sittenwidrigkeit zu reden.

Die Wettbewerbsnähe des verletzten Gesetzes ist aus diesem Grunde ebenfalls nicht geeignet, alleiniges Abgrenzungskriterium des Wettbewerbsverstoßes zu sein. Andererseits ist sie ein nützliches und notwendiges Merkmal, um

346) S. 136.

nicht die Beziehung von verletzter Norm und Wettbewerb aus dem Auge zu verlieren. Als objektives Moment besitzt sie jedoch zu wenig Unterscheidungsfähigkeit und Aussagekraft über die Intensität des Wettbewerbsverstoßes, um das Verdikt des Sittenverstoßes alleine auf sie stützen zu können.

4) Der erzielte Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern

Ist Wettbewerbsnähe des verletzten Gesetzes zur Begründung eines Sittenverstoßes also notwendig, allein jedoch noch nicht ausreichend, so muß ein weiteres, möglichst objektiv bestimmbares Kriterium zum Gesetzesverstoß hinzutreten. Auf der Suche nach einem solchen fiel auf, daß der Wettbewerber durch die Verletzung einer wettbewerbsnahen Norm regelmäßig eine Verbesserung seiner geschäftlichen Stellung erzielte. Nun ist zwar Wesensmerkmal jeden freien Wettbewerbs ein Streben nach eigenem Gewinn und Vorteil. Bedeutung kann diesem Streben jedoch dort beikommen, wo es sich zur Erreichung des gesteckten Zieles unzulässiger Mittel bedient, wie sie etwa der Verstoß gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen darstellt.

Auszugehen ist davon, daß die Rechtsordnung mit allen sich auf den Wettbewerb auswirkenden Normen ein gewisses Gleichgewicht im Geschäftsleben bewirkt, das als ausgleichendes Moment Voraussetzung einer unbeschränkten Vielzahl untereinander konkurrierender gewerblicher Betätigungen ist. Eine absolute Gleichheit der Startbedingungen oder Ausgangspositionen ist angesichts der naturbedingten Lage- und Kapitalpräferenzen weniger sowie der künstlich durch Gesetze errichteten Vorrangstellung anderer[347] utopisch[348]. Die besonders von Ulmer herausgestellte Forderung nach Berücksichtigung des Gleichheitssatzes in Form der par condicio concurrentium[349] ist deshalb dahin zu verstehen, daß wettbewerbsrechtlich erheblich nicht nur die Verletzung von Normen ist, die auch alle Mitbewerber binden, sondern auch von solchen, die nur den Verletzer binden, jedoch auch den Schutz anderer Mitbewerber bezwecken[350]. Die Erheblich-

347) z.B. sind die Verkaufsstellen in Personenbahnhöfen gem. § 8 LadschlG den Beschränkungen der Verkaufszeiten nicht unterworfen.

348) Almenräder S. 32 f.

349) Sinnzusammenhänge S. 22 f.

350) BGH in GRUR 1963, 536 "Iris", BGH in GRUR 1965, 373 "Blockeis II", vgl. oben S. 31 ff.

keit folgt daraus, daß Verstöße gegen beide Normengruppen das Gleichgewicht im Geschäftsleben, das die auf den Wettbewerb ausstrahlenden Gesetze zu erreichen suchen, in gleicher Weise stören können. So erscheint es systematisch durchaus möglich, daß der Inhaber eines in einem Personenbahnhof gelegenen Geschäftes aus § 1 UWG gegen einen auf dem Bahnhofsvorplatz gelegenen Mitbewerber gerichtlich vorgeht, weil dieser die Beschränkungen des Ladenschlußgesetzes nicht beachtet, an die der Kläger selbst nach § 8 LadschlG nicht gebunden ist.

Maßgeblich ist hier der Gedanke, daß Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen, die mit einer gewißen Minimalintensität durchgeführt werden, dem Täter regelmäßig auch eine Verbesserung seiner Wettbewerbsposition eintragen. Gerade der dadurch erzielte Vorsprung kann jedoch den gesetzestreuen Mitbewerbern nicht zugemutet werden. Da das Gesamtverhalten, das sich aus planmäßig begangener Verletzung eines wettbewerbsnahen Gesetzes und dem daraus resultierenden Vorsprung zusammensetzt, nach Ansicht des verständigen, durchschnittlichen Gewerbetreibenden dem anständigen kaufmännischen Geschäftsgebaren widerspricht, ist es sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG[351]. Gerade die treuwidrige Verletzung des Grundsatzes: "was ich nicht darf, sollst auch du nicht dürfen", macht den Vorsprung ungehörig und das Gesamtverhalten unlauter[352], denn jeder Vorsprung begründet seinerseits wieder schutzfähige Eigenart[353], deren Erringung durch einen Gesetzesverstoß unzulässig ist. Dabei ist nicht die Verletzung des ins Zivilrecht hineinreichenden Gleichheitsgrundsatzes wettbewerbsrechtlich erheblich, sondern die Erzielung eines Vorsprunges vor redlichen Mitbewerbern mit unzulässigen Mitteln[354]. Zu beachten ist hierbei insbesondere die ungemein große Bedeutung des Zeitfaktors im Wettbewerbskampf, denn gerade der zeitliche Vorsprung gegenüber den Mitbewerbern erweist sich als besonders gewinnbringend, worauf Schramm[355]

351) ganz h.M., RGZ 117, 16 "Tariflohn", BGH in LM Nr. 90a zu § 1 UWG "Frachtenrückvergütung", Ulmer Unlauterer Wettbewerb, Bd. I, EWG, S. 77, Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 346, Godin-Hoth § 1 UWG Anm. 18, Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 69, Gamm S. 219, Schramm in GRUR 1960, 197.

352) Ulmer, Sinnzusammenhänge, S. 21 ff und in GRUR 1937, 769 (771).

353) Tetzner in SJZ 1950, 179 (186).

354) Meyer-Cording, der diese Frage in JZ 1964, 273 (314) aufgeworfen hat, beantwortet sie in Festschrift für Nipperdey 1965 S. 537 (550).

355) Grundlagenforschung S. 137.

ausdrücklich hinweist.

Zweifelhaft ist allerdings, ob dem ungehörigen Vorsprung des unlauteren Wettbewerbers auf der anderen Seite ein Schaden der Mitbewerber entsprechen muß. Für eine solche Wechselbeziehung zwischen den von Verletzer erstrebten Vorteilen und den dadurch den anderen zugefügten Nachteilen sprach sich bereits ohne nähere Begründung das Reichsgericht aus[356]. Anscheinend wurde aus der Natur des Vorsprungs gefolgert, daß er einen entsprechenden Schaden der Mitbewerber bewirken müsse. Das führt jedoch dazu, daß die Größe dieses Schadens bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit eine ausschlaggebende Rolle erhält[357], obwohl in vielen Fällen eine sittenwidrige Handlung vorliegt, die dem Verletzer zwar Vorteile bringt, den Mitbewerbern jedoch keinen Schaden zufügt. So ist es denkbar, daß ein Wettbewerber durch einen Gesetzesverstoß einen etwa bestehenden Kaufkraftüberhang ausschöpft oder durch Werbung mit unzüchtigen Abbildungen[358] oder mit Krankengeschichten[359] eine ertragreiche Marktnische findet, ohne daß der Umsatz der Konkurrenten auf diese Weise leidet. Nicht einmal aus dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns nach § 252 BGB läßt sich eine Beziehung zwischen dem Vorteil des findigen Wettbewerbers und einem "Nachteil" seiner Mitbewerber herstellen, da in den genannten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ein Gewinn für diese eben nicht eingetreten wäre. Dennoch ist das Gesamtverhalten des Verletzers durch den erzielten Vorsprung unlauter und eröffnet für die Mitbewerber die rechtlichen Möglichkeiten des § 1 UWG.

In der Mehrzahl der Fälle wird zwar dem Vorteil des unlauteren Wettbewerbers auch ein Nachteil seiner Mitbewerber entsprechen. Um aber den Verletzer auch dort den Sanktionen des Wettbewerbsrechts auszusetzen, wo dies nicht der Fall ist, darf sein Vorsprung nicht in Beziehung zur wettbewerblichen Lage seiner Mitbewerber, sondern muß isoliert betrachtet werden. Um ein wirklich brauchbares Abgrenzungskriterium in diesem unlauteren Vorsprung zu finden, muß er auch in jedem einzelnen Fall genau untersucht werden und darf nicht etwa schon durch den festgestellten Gesetzesverstoß indiziert werden. Wo es nämlich am Vorsprung fehlt, muß der Vorwurf der Sitten-

356) RGZ 118, 133 (135), ihm folgend RGH in LM Nr. 1 zu § 14 UWG, Lindenmaier in WuW 1953, 259 (262), Hefermehl in Festschrift für Nipperdey 1955, S. 290 a.M. jedoch Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 101.

357) so Fuld S. 48 unter Berufung auf RG in Recht 1909 Nr. 2406.

358) § 184 StGB.

359) § 9 Nr. 3 Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens vom 11. Juli 1965, BGBl I S. 604.

widrigkeit entfallen[360], denn das UWG ist als praxisbezogenes Spezialgesetze nicht geschaffen, um gewerbliche Handlungen zu verbieten, die noch wettbewerbskonform und daher den Mitbewerbern auch noch zumutbar sind.

Bei der Beurteilung des Tatbestandes ist daher nach der Prüfung, ob ein wettbewerbsnahes Gesetz verletzt ist, die Frage zu untersuchen, ob die durch den Gesetzesverstoß errungene Stellung des Wettbewerbers sich von derjenigen unterscheidet, die er ohne diesen Gesetzesverstoß vermutlich eingenommen hätte. Aus dieser Differenz ergibt sich die Intensität des Wettbewerbsverstoßes. Als unlauterer Vorsprung kommt daher jede sich aus dem Gebrauch unzulässiger Mittel ergebende, erkennbare Besserung der Wettbewerbsposition in Betracht. Dieser Vorteil kann sowohl in der Beseitigung von Behinderungen und im Ausgleichen von Benachteiligungen wie auch in der Einführung begünstigender oder fördernder Elemente im Verhältnis zum bisherigen Zustand bestehen. Vorsprung im Wettbewerb bedeutet also nicht ein wirksames Mehr vor der Tätigkeit der Mitbewerber, sondern vielmehr ein wirksames Mehr der eigenen Erwerbstätigkeit, selbst wenn diese noch gegenüber der der Mitbewerber zurückbleibt[361].

Wie ist jedoch ein Fall zu beurteilen, in dem der Wettbewerber an Hand seiner Bücher beweist, daß trotz seiner Gesetzesverstöße und wettbewerbswidrigen Praktiken ein Vorteil für ihn nicht eingetreten ist, daß vielmehr sein Umsatz und damit auch sein Gewinn weiter zurückgingen ? Durch den Wettbewerbsverstoß erhält der Täter die Möglichkeit, einen Vorteil für sich und sein Erwerbsgeschäft zu erzielen. Diese Möglichkeit unterscheidet ihn aber bereits von seinen gesetzestreuen Mitbewerbern und stellt insoweit beinahe einen Vermögenswert dar, als sie sich unter gewöhnlichen Umständen in einen meßbaren Vorteil transferieren läßt. Daraus ergibt sich, daß der ungehörige Vorsprung abstrakt zu messen und bereits dort als vorliegend anzusehen ist, wo der Gesetzesverstoß objektiv geeignet ist, einen solchen Vorsprung für den Täter nach sich zu ziehen. Nach maßgeblicher Ansicht der verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden widerspricht es nämlich dem anständigen kaufmännischen Geschäftsgebaren bereits, wenn durch die Gesetzesverletzung die Möglichkeit zu einem ungehörigen Vorsprung besteht, mag sie der Täter

---

360) Schramm in GRUR 1960, 197.

361) Lobe in MuW 1936, 77f, im Ergebnis auch Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Anm. 101 und § 1 UWG Anm. 346.

auch durch Ungeschicklichkeit oder aus anderen Gründen nicht ausnützen.

Eng damit verknüpft ist die Frage, ob der einmal erzielte ungehörige Vorsprung sich auf irgendeine Weise nach außen hin manifestieren muß. In der Regel wird er sich darin zeigen, daß durch die Ausnutzung des Gesetzesverstoßes eine billigere oder bessere Ware angeboten wird[362] Wenn jedoch nach dem oben Gesagten der Vorsprung im Wettbewerb abstrakt zu messen und selbst dann als gegeben anzusehen ist, wenn er zwar hätte eintreten können, tatsächlich jedoch aus irgendwelchen Gründen nicht eingetreten ist, so darf zur Begründung seiner Existenz auch nicht verlangt werden, daß er sich nicht auf irgendeine Weise in dem Angebot des Verletzers ausdrückt. In der Tat hat der Bundesgerichtshof [363] bereits entschieden, der durch einen Gesetzesverstoß erzielte Vorsprung müsse sich "nicht notwendig in dem durch etwaige Betriebsersparnisse ermöglichten Angebot billiger oder besserer Ware ausdrücken". Er könne sich auch aus einer für den Verletzer günstigeren Werbemethode oder Vertriebsart ergeben. Dem ist zuzustimmen, da ja bereits die objektiv bestehende Möglichkeit, einen ungehörigen Vorsprung zu erzielen, nach der hier vertretenen Ansicht ausreicht, um die Sittenwidrigkeit zu begründen.

Größere Schwierigkeiten bereitet jedoch die Beurteilung der Frage, ob ein als Abgrenzungskriterium geeigneter, ungehöriger Vorsprung auch dann vorliegt, wenn der Verletzer den Gesetzesverstoß nur zur Erhöhung seiner eigenen Bequemlichkeit ausnützt. Ein Beispiel bietet etwa folgender einfacher Sachverhalt: Zwei konkurrierende Bäckereien liegen benachbart an einer mit Halteverbotstafeln ausgestatteten Einbahnstraße. Während der eine der Bäcker jeweils große Unannehmlichkeiten in Kauf nehmen muß, um etwa seinen Wagen zum Ausfahren der Brote zu beladen, mißachtet der andere fortgesetzt die Halteverbotsschilder und belädt im Vertrauen, am frühen Morgen noch keinen Polizisten zu begegnen, seinen Wagen direkt vor seinem Geschäft. Hier wird man wohl unterscheiden müssen: Verletzt der zweite Bäcker § 16 StVO, um umso eher wieder in seinem Laden zu sein und den Zeitgewinn in einer für seine Erwerbstätigkeit nutzbringenden Weise anzulegen, so erzielt er dem gesetzestreuen Bäcker gegenüber einen unredlichen Vorsprung und handelt demnach auch sittenwidrig. Er kann also auf Unterlassung und bei Nachweis eines Schadens auch auf Ersatz

362) Baumbach-Hefermehl § 1 UWG Anm. 346.

363) BGH in GRUR 1963, 578 (584) "Sammelbesteller" unter Berufung auf RGZ 117, 16 "Tariflohn".

desselben in Anspruch genommen werden. Verletzt der Bäcker § 16 StVO jedoch lediglich um seiner eigenen Bequemlichkeit willen, etwa, weil er die Körbe nicht bis zum nächsten Parkplatz tragen möchte, so erzielt er gleichwohl seinem Mitbewerber gegenüber einen Vorteil, der sich allerdings höchstens in der "Vertriebsmethode" der Brote ausdrückt. Er handelt aber wohl nicht mit der Absicht, seinen Wettbewerb zu fördern oder den Wettbewerb des anderen zu schädigen. Zweck seines Gesetzesverstoßes ist lediglich die Förderung seiner eigenen Bequemlichkeit, so daß die Sanktionen des § 1 UWG nur dann ihm gegenüber durchgriffen, wenn ihm nachgewiesen werden könnte, er habe auch zugunsten seines Wettbewerbs gehandelt[364].

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, daß dem Moment des Vorsprungs als objektivem Abgrenzungskriterium der Vorzug gegenüber anderen Kriterien gebührt. Während die Planmäßigkeit oft schwer nachweisbar sein wird, und die Wettbewerbsnähe alleine zu geringe Unterscheidungskraft besitzt, läßt sich die Intensität jeder Gesetzesverletzung im Wettbewerb an dem durch sie erzielten oder erzielbaren Vorsprung messen. Gleichwohl ist auch die immer zu prüfende Wettbewerbsnähe des verletzten Gesetzes aufschlußreich. Ebenso kann auch durchaus Planmäßigkeit des Vorgehens offenkundig als gravierender Umstand hinzutreten und so die Sittenwidrigkeit des Wettbewerbsverhaltens erhöhen. Jedenfalls bedarf das Vorliegen dieser Abgrenzungskriterien einer sorgsamen Prüfung, die keinesfalls durch nichtssagende Floskeln ohne jede Aussagekraft ersetzt werden kann.

364) vgl. Bussmann-Pietzcker-Kleine S. 35, BGHZ 14, 163 (170 f), siehe oben S. 8 f.

VIII. ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNIS

1) Die Unterscheidung zwischen dem einer Wettbewerbshandlung vorausgehenden Gesetzesverstoß und dem eine Wettbewerbshandlung begleitenden Gesetzesverstoß ist rein formaler Natur, da auch vorausgehende Umstände in die wettbewerbsrechtliche Beurteilung mit einbezogen werden können, solange sie kausal mit der folgenden Wettbewerbshandlung zusammenhängen.

2) Die "guten Sitten" des § 1 UWG verweisen nicht auf Sittlichkeit, Ethos oder Moral, sondern vielmehr auf den guten kaufmännischen Standesbrauch und die anständigen Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs, wie sie auch in Art. 10^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft als Beurteilungsmaßstab für wettbewerbliches Verhalten genannt sind. Mit der Verweisung auf die "anständigen Gebräuche" ist allerdings ein ethisches Korrektiv eingefügt, das entsprechend dem Grundsatz der Subsidiarität der Ethik im gesellschaftlichen Bereich aber nur in echten Zweifelsfällen von Bedeutung ist.

3) Aus diesem Grunde kann auch die von der herrschenden Meinung bisher geforderte Unterscheidung zwischen der Verletzung wertneutraler, also auf Erwägungen ordnender Zweckmäßigkeit beruhender Normen und der Verletzung ethisch fundierter Normen nicht aufrechterhalten werden.

   Dies bedeutet, daß

   a) Prinzipien der Sittlichkeit nicht mehr durch ihre Verwendung als Beurteilungsmaßstab materiell orientierter Geschäftshandlungen entwertet werden

   b) die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen ethisch-fundierten und wertneutralen Normen entfallen

   c) der unlauter Handelnde nicht mehr mit dem gravierenden Vorwurf eines Verstoßes gegen die Sittlichkeit belastet wird, obwohl er in den meisten Fällen höchstens angenommen hatte, schlicht ordnungswidrig zu handeln

   d) der Beurteilungsmaßstab für Wettbewerbshandlungen in Form der anständigen kaufmännischen Gepflogenheiten auch dem herrschenden Volksbewußtsein und insbesondere den Anschauungen der verständigen,

durchschnittlichen Gewerbetreibenden entspricht

e) die Rechtsordnung durch Aufgabe der Unterscheidung zwischen wertneutralen und ethisch fundierten Normen von einem unnützen Ballast befreit wird, was der Klarheit und Verständlichkeit der Rechtsprechung zugute kommt.

4) Die par condicio concurrentium bedeutet letztlich, daß die Rechtsordnung mit allen ihren sich auf den Wettbewerb auswirkenden Normen ein gewisses Gleichgewicht im Geschäftsleben bewirkt, das durch jeden Wettbewerbsverstoß gestört wird. Wettbewerbsrechtlich relevant sind daher nicht nur Verstöße gegen Normen, die auch allen Mitbewerbern auferlegt sind, sondern auch Verstöße gegen Normen, die nur den Verletzer binden, jedoch auch den Schutz seiner Mitbewerber bezwecken.

5) Eine einmalige oder gelegentliche, nicht planmäßig betriebene Verletzung einer außerwettbewerbsrechtlichen Norm im geschäftlichen Verkehr verstößt regelmäßig noch nicht gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG. Es gibt deshalb auch keine außerwettbewerbsrechtliche und nicht unmittelbar wettbewerbsregelnde Norm, deren Verletzung schon ohne weiteres die gewerbliche Sittenwidrigkeit in sich trägt. Zu dem wettbewerblichen Gesetzverstoß als solchem müssen vielmehr in jedem Falle besondere, qualifizierende Umstände als Abgrenzungskriterien hinzutreten, damit eine gewiße erforderliche Minimalintensität der Sittenwidrigkeit erreicht wird.

Zunächst muß eine gewiße Wettbewerbsnähe des verletzten Gesetzes vorliegen. Die Größe dieser Wettbewerbsnähe kann bereits einen gewissen Aufschluß über die Höhe der Sittenwidrigkeit geben. Als alleiniges Abgrenzungskriterium ist die Wettbewerbsnähe des verletzten Gesetzes jedoch wegen ihrer geringen Unterscheidungskraft solange nicht geeignet, als es sich nicht um eine direkt wettbewerbsregelnde Norm handelt.

In jedem Fall muß vielmehr ein ungehöriger Vorsprung des Verletzers vor seinen Mitbewerbern hinzukommen, um die Sittenwidrigkeit zu begründen. Dabei genügt es, wenn der Verletzer die reale Möglichkeit zu einem solchen ungehörigen Vorsprung hatte, ohne daß dieser tatsächlich eingetreten zu sein braucht. Der Vorsprung ist nämlich abstrakt zu messen und ergibt sich bereits aus der Gegenüberstellung der durch den Gesetzesverstoß erreichten zu der ohne Gesetzesverstoß vermutlich eingenommenen Wettbewerbsposition. Der ungehörige Vorsprung muß sich in irgendeiner

Besserstellung der Erwerbstätigkeit des Verletzers ausdrücken und braucht sich nicht nach außen zu manifestieren. Eine Wechselbeziehung zwischen dem ungehörigen Vorsprung auf der einen und dem erlittenen Nachteil auf der anderen Seite wird zwar in den meisten Fällen bestehen, ist zur Annahme eines unlauteren Vorsprungs jedoch nicht wesentlich.

Zu dem ungehörigen Vorsprung kann auch das Moment der Planmäßigkeit des Vorgehens treten, wodurch wieder ein Rückschluß auf die Intensität der Sittenwidrigkeit ermöglicht wird. Eine gewisse Planmäßigkeit wird auch regelmäßig vorliegen, ist jedoch wegen des zumeist subjektiven Charakters ihrer Tatbestandsmerkmale als alleiniges Abgrenzungskriterium unbrauchbar. Lediglich bei Normen mit unmittelbar wettbewerbsregelnder Wirkung, wie sie in dem Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz und dem Heilmittelwerbegesetz enthalten sind, ergibt sich der Wettbewerbsverstoß ohne weiteres bereits direkt aus der Verletzung der wettbewerbsregelnden Norm.

6) Ergebnis:

Die zumeist planmäßige Verletzung eines wettbewerbsnahen Gesetzes und die dadurch ermöglichte Erzielung eines ungehörigen Vorsprungs vor den gesetzestreuen Mitbewerbern ergibt also die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit.

Da die Verletzung einer sittlich fundierten Norm als solche nach der hier vertretenen Ansicht die Sittenwidrigkeit noch nicht indiziert, sondern vielmehr in jedem Falle des Verstoßes gegen eine nicht direkt wettbewerbsregelnde Norm besondere qualifizierende Umstände hinzutreten müssen, wird eine übermäßige Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 1 UWG verhütet. Die Rechtsverfolgung wird dadurch in einigen Fällen erschwert, da der Kläger das Vorhandensein der qualifizierenden Umstände beweisen muß.

Andererseits sind jedoch Beurteilungsmaßstab nach der hier vertretenen Ansicht die anständigen kaufmännischen Gepflogenheiten und nicht die Sittlichkeit. Ein Verstoß gegen anständige Gepflogenheiten und Geschäftsgebräuche ist aber eher anzunehmen, als ein solcher gegen die Sittlichkeit selber. Dadurch kann sich wieder eine Erleichterung der Rechtsverfolgung ergeben, da nicht mehr ein sittlich vorwerfbares Verhalten des Beklagten nachgewiesen werden muß.

Insgesamt wird also in dieser Arbeit der Versuch unternommen, durch eine Konkretisierung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel auf einem Teilgebiet zu einer Auslegung beizutragen, die dem am Gewinnstreben orientierten Geschäftsleben gemässer ist und deshalb auch in größerem Umfang den Auffassungen der verständigen Gewerbetreibenden entspricht, als dies bei der jetzt geübten Rechtspraxis der Fall ist.

LEBENSLAUF

Am 21. Februar 1940 wurde ich als Sohn des Dr. phil. Karl Graf von Schall-Riaucour und seiner Ehefrau Marie-Gabrielle, geb. Gräfin von Tattenbach, in Gaussig, Kreis Bautzen, geboren.

1947 bis 1949 besuchte ich nach einem Jahre Privatunterricht die Volksschule in Immenstadt/Allgäu und anschließend bis 1952 die dortige Oberrealschule St. Maria Stern. Von 1952 bis 1959 besuchte ich das Humanistische Gymnasium Kempten und legte dort am 15. Juli 1959 das Abitur ab.

Anschließend studierte ich 8 Semester Rechtswissenschaft an der Universität München und der Freien Universität Berlin. Am 16. Dezember 1963 bestand ich in München die erste juristische Staatsprüfung. Ab Januar 1964 leiste ich den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar in München ab. 2 Semester davon verbrachte ich am Europa-Institut der Universität des Saarlandes in Saarbrücken.